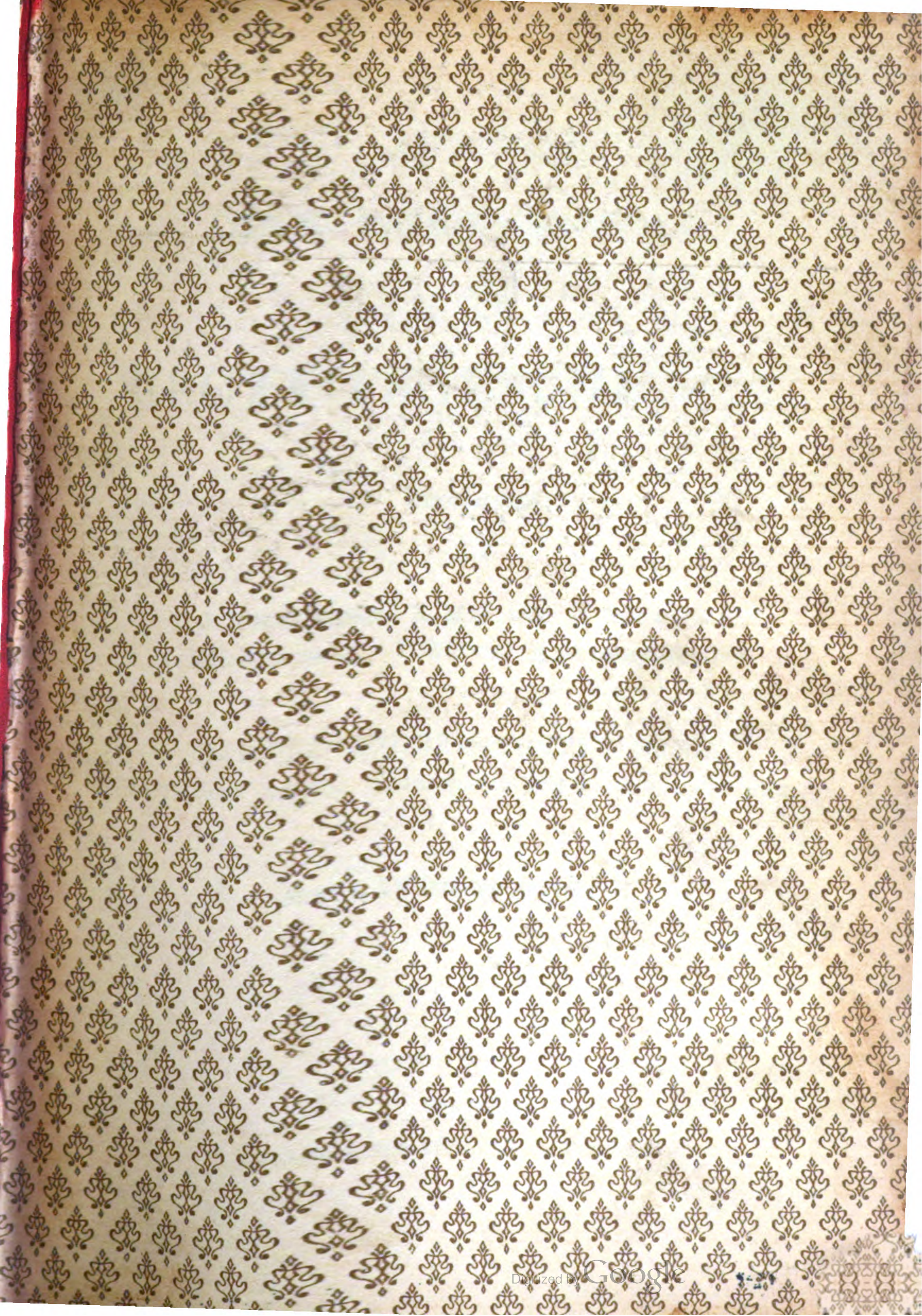






ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

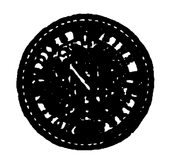
E. I. BEKKER, L. MITTEIS, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

VIERUNDDREISSIGSTER BAND

XLVII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1913.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Joseph Unger †.

Der am 2. Mai d. J. verstorbene Präsident des österreichischen Reichsgerichts und ehemalige Professor des öst. Privatrechts an der Wiener Universität ist zwar (abgesehen von einem kleinen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. VII enthaltenen Aufsatz über den Vindex bei der Manus Injectio) niemals Mitarbeiter dieser Zeitschrift gewesen und hat sich weniger als rechtshistorischer denn als dogmatischer Schriftsteller betätigt. Dennoch gebührt ihm in den Annalen der Rechtsgeschichte ein Erinnerungsblatt; vor allem schon deshalb, weil er durch das Hauptwerk seines Lebens, das „System des österreichischen Privatrechts" der Wissenschaft des gemeinen Rechts eine große, fast ganz verlorene Provinz zurückerobert hat. Dieselbe ist um so wertvoller, als bei dem im Reich derzeit eingetretenen starken Niedergang des historischen Interesses Deutsch-Österreich neben Italien und Frankreich eines der letzten Bollwerke für die fortdauernde Pflege des römischen Rechts bildet. Bei Ungers Lebensarbeit haben sich allerdings Glück und Verdienst verkettet, indem das Erscheinen seines genannten Werkes in die Zeit fiel, in welcher sich in Österreich eine Regeneration des Universitätswesens, insbesondere auch des juristischen Studiums vollzog; an dieser aber hatte er neben Julius Glaser, Arndts, Philipps, denen später auf kurze Zeit sich auch Jhering zugesellte, einen wesentlichen, was das privatrechtliche Studium anbetrifft, unzweifelhaft sogar den größten Anteil. Sein „System" ist eines der schönsten und inhaltlich wertvollsten Bücher, welche auf privatrechtlichem Gebiet jemals geschrieben worden sind, ausgezeichnet namentlich durch den Glanz der Darstellung,

welche eine vollkommene Objektivität in seltener Weise mit jenem Maß von Subjektivität verbindet, ohne welches kein Buch dem Leser lebendig werden kann. Dieses in fast unbegreiflich kurzer Zeit geschaffene Werk war allerdings eine geistige Frühblüte, welche die Produktivität dieses reichen Geistes beinahe erschöpft hat; auch hat der ihm bald gefolgte Eintritt in die höheren Sphären der Politik die Arbeitskraft Ungers in andere als die rein wissenschaftlichen Bahnen gelenkt. Dennoch hat er die Entwicklung der Rechtswissenschaft, die sich seitdem in Österreich ganz in seinem Geist vollzog, bis an sein Lebensende mit regem Interesse verfolgt und ist ihren heimischen Vertretern stets ein persönlicher Freund und Förderer geworden. Die persönlichen Beziehungen zu ihm werden jedem unvergeßlich bleiben, der sich ihrer erfreuen durfte; denn der Reiz seiner ebenso innerlich bescheidenen als anmutigen und vor allem geistsprühenden Persönlichkeit war ein außerordentlicher und nicht minder schön war es, die Art der Lebensführung zu bewundern, mit welcher der alte Herr, in wundervoller Mischung von Heiterkeit und einem oft etwas melancholischen Ernst seine letzten Lebensjahre zu einem echt hellenischen Dasein auszugestalten wußte. Davon geben seine, dieser Periode angehörigen, im Druck erschienenen zahlreichen „Aphorismen“ auch dem Fernstehenden ein lebendiges Bild; wer ihm näherstand, wird sich an den Zauber seines Wesens zeitlebens erinnern und sich glücklich preisen, gesehen zu haben, was nicht jedem zu sehn gegönnt ist, wie sich geistige Arbeit und echte Lebensweisheit zur wahren Lebenskunst vereinigen.

Die Redaktion.

Inhalt des XXXIV. Bandes.

Romanistische Abteilung.

I.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Paul Krüger

in Bonn.

I.

Zur Wiederherstellung der Titelfolge im fünften Buch des Codex Theodosianus.

In der westgotischen Lex Romana hat Buch V folgende Titel:

I De legitimis heredibus.
II De decurionum [hereditatibus].
III De clericorum et monachorum.
IV De bonis militum.
V De postliminio.
VI De ingenuis qui tempore tyranni servierunt.
VII De expositis.
VIII De his qui sanguinolentos emptos et nutriendos acceperunt.
IX De fugitivis colonis inquilinis et servis.
X De inquilinis et colonis.
XI Ne colonus inscio domino suum alienet peculium vel litem inferat civilem.
XII De longa consuetudine.

Während Buch II—IV der Ordnung des prätorischen Edikts beziehungsweise der Kommentare zu demselben folgen, entsprechen die ersten 5 Titel des fünften Buchs dem Anfang des Abschnitts, welchen die Digestenwerke den Materien des

I.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Paul Krüger

in Bonn.

I.

Zur Wiederherstellung der Titelfolge im fünften Buch des Codex Theodosianus.

In der westgotischen Lex Romana hat Buch V folgende Titel:

I De legitimis heredibus.
II De decurionum [hereditatibus].
III De clericorum et monachorum.
IV De bonis militum.
V De postliminio.
VI De ingenuis qui tempore tyranni servierunt.
VII De expositis.
VIII De his qui sanguinolentos emptos et nutriendos acceperunt.
IX De fugitivis colonis inquilinis et servis.
X De inquilinis et colonis.
XI Ne colonus inscio domino suum alienet peculium vel litem inferat civilem.
XII De longa consuetudine.

Während Buch II—IV der Ordnung des prätorischen Edikts beziehungsweise der Kommentare zu demselben folgen, entsprechen die ersten 5 Titel des fünften Buchs dem Anfang des Abschnitts, welchen die Digestenwerke den Materien des

I.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Paul Krüger

in Bonn.

I.

Zur Wiederherstellung der Titelfolge im fünften Buch des Codex Theodosianus.

In der westgotischen Lex Romana hat Buch V folgende Titel:

I De legitimis heredibus.
II De decurionum [hereditatibus].
III De clericorum et monachorum.
IV De bonis militum.
V De postliminio.
VI De ingenuis qui tempore tyranni servierunt.
VII De expositis.
VIII De his qui sanguinolentos emptos et nutriendos acceperunt.
IX De fugitivis colonis inquilinis et servis.
X De inquilinis et colonis.
XI Ne colonus inscio domino suum alienet peculium vel litem inferat civilem.
XII De longa consuetudine.

Während Buch II—IV der Ordnung des prätorischen Edikts beziehungsweise der Kommentare zu demselben folgen, entsprechen die ersten 5 Titel des fünften Buchs dem Anfang des Abschnitts, welchen die Digestenwerke den Materien des

Edikts anhängen.[1]) Titel 6—10 lehnen sich an den Abschnitt über die Lex Aelia Sentia derselben Werke an[2]), Titel 12 ist ebenfalls in den Anhängen vertreten.[3])

Ergänzt werden die Titel der Lex Romana durch die Bruchstücke einzelner Titel, welche der Turiner Palimpsest des Theodosianus auf den Blättern 12—16 enthielt[4]), während Blatt 11 derselben Handschrift den Schluß des Titels de bonis militum und den Anfang des Titels de postliminio ergänzte. Aus der Handschrift konnten auch die Titelzahlen des vollständigen Theodosianus zum Teil ergänzt werden, welche sowohl den Rubriken derselben vorgesetzt als am oberen rechten Rande der Vorderseiten aufgeführt waren[5]); doch waren erstere ebenso wie die Rubriken selbst meist erloschen, letztere großenteils abgeschnitten. Vor der Rubrik de postliminio auf der Rückseite vom 11. Blatt war aber, wenn auch nicht sicher, die Zahl VIII zu erkennen, woraus sich ergibt, daß zu Anfang des fünften Buchs 3 Titel weggefallen sind.

Die Bruchstücke auf den Blättern 12—16 der Turiner Handschrift, welche zweifellos dem fünften Buch angehören, sind von den Herausgebern verschieden geordnet worden. Der erste Herausgeber Peyron[6]) stellte sie mit Rücksicht auf die Titelzahl XIII des 14. Blattes an den Schluß des Buches[7]) in folgender Ordnung:

Blatt 15 als c. 14—21 des Titels de fundis patrimonialibus emphyteuticis et saltuensibus.[8])

Blatt 14 als c. 30—36 desselben Titels.

Blatt 12 etwa als Teil eines Titels de omni agro deserto.[9])

Blatt 13, dessen Rückseite mit einem neuen Titel beginnt, als dessen Rubrik Peyron de fundis rei privatae vermutete.

Blatt 16 (ohne Ergänzung einer Rubrik).

---

[1]) Z. S.-St. VII 2 S. 94f.; vgl. insbes. Julians Digesten Buch 59—62. — [2]) Julians Digesta Buch 63—65. — [3]) Julian Buch 84. — [4]) Die Zählung der Blätter ist diejenige meines Abdrucks der Handschrift in der Abhandlung Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia edidit P. Krueger 1880. Die Handschrift ist 1904 (nicht 1903, wie in meiner Geschichte der Quellen angegeben) verbrannt. — [5]) Vgl. den Abdruck S. 5 Anm. 5. — [6]) Codicis Theodosiani fragmenta inedita 1823. — [7]) Die Zahl von Titel VIII hat erst nach ihm Baudi di Vesme gelesen. — [8]) = Rubrik von Cod. Just. 11, 62. — [9]) = Rubrik von Cod. Just. 11, 59.

Wenck[1]) bildete aus Blatt 15. 14. 13 den Titel XIII mit den Konstitutionen 14—21. 30—36. 37—39, an den sich dann die Rückseite von Blatt 13 als Titel XIV (ohne Rubrik) anschloß und auf Blatt 16 fortsetzte. Den Schluß machte Blatt 12 als Titel XV mit dem mutmaßlichen Titel de agro deserto. Hänel hat sich ganz an Wenck angeschlossen.

Diese Ordnungen wurden durch die Ergebnisse der Vergleichung von Baudi di Vesme umgestoßen. Außer der Titelzahl VIII auf der Rückseite von Blatt 11 las er auf dem oberen Rande der Vorderseite von Blatt 13 die Titelzahl XII, woraus sich in Verbindung mit der Titelzahl XIII auf Blatt 14 die Reihenfolge dieser beiden Blätter ergab. Gerade diese hat er aber (aus Vergeßlichkeit, wie es scheint) in der von ihm vorgeschlagenen Titelfolge (Codex Theod. Vorrede S. VII) umgestoßen, indem er aus Blatt 15. 14. 13ʳ einen Titel de conductoribus fundorum emphyteuticorum zusammenflickt und dem folgenden Titel nur Blatt 13ᵛ zuweist, dem doch zweifellos auch Blatt 14 zugehört. Mit Recht stellte er die Titel IX—XII der Lex Romana hinter die Bruchstücke der Turiner Handschrift.

Mommsen ordnet die Turiner Bruchstücke von Blatt 12—16 in Anlehnung an die von mir gegebene Reihenfolge so[2]):

Blatt 12 als c. 7—9. 11—12 von Titel XI unter Offenhaltung der Rubrik.

Blatt 13ʳ als Titel XII de fundis patrimonialibus et saltuensibus et enfyteuticis et eorum conductoribus.[3])

Blatt 13ᵛ als c. 1—3 des Titels XIII de fundis rei privatae et saltibus divinae domus.[4])

Blatt 14 mit c. 34—36 bringt er in einem Titel XIV mit der Rubrik de diversis praediis urbanis et rusticis templorum et civitatum et omni reditu civili[5]) unter.

Aus Blatt 15 mit den Konstitutionen 14—21 bildet er den Titel XV mit der Rubrik de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur.[6])

Blatt 16 mit den Konstitutionen 29—35 erhält als Titel XVI die Rubrik de agricolis et mancipiis dominicis vel fiscalibus sive rei privatae.[7])

[1]) Codicis Theodosiani libri V priores 1825. — [2]) S. 12 der Ausgabe. — [3]) = Cod. Just. 11, 62. — [4]) = Cod. Just. 11, 66. — [5]) = Cod. Just. 11, 70. — [6]) = Cod. Just. 11, 59. — [7]) = Cod. Just. 11, 68.

Mommsens Verteilung der Bruchstücke scheitert für Blatt 14 an der auf dem oberen Rande der Vorderseite sicher gelesenen Titelzahl XIII, welche schon Peyron mitgeteilt hatte. Letztere ergibt, wie gesagt, daß die Konstitutionen dieses Blattes zu dem auf der Rückseite von Blatt 13 beginnenden Titel gehören[1]); zwischen beiden Blättern sind der Schluß von c. 4 und c. 5—29 und der Anfang von c. 30 verloren gegangen. Damit wird zweifelhaft, ob die Rubrik von Titel XIII aus Cod. Just. 11, 66 zu ergänzen sei, in welchem c. 1 und 4 von Blatt 13^{v} wiederkehren. Ebenso paßt die Rubrik von Cod. Just. 11, 75, welche Mommsen wegen des in diesen Titel aufgenommenen c. 35 für Blatt 14 vorgeschlagen hat, nicht zu den übrigen Konstitutionen. In welchem Maße überhaupt die Justinianische Kommission von der Titeleinteilung des Theodosianus abgewichen ist, zeigen gerade die nächstverwandten Titel des Justinianus. So ist Cod. Just. 11, 59 de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur, soweit die Vergleichung mit dem Theodosianus möglich ist, aus diesem folgendermaßen zusammengesetzt:

c. 2 = Th. 11, 1, 4
c. 3 = Th. 5, 13, 4
c. 4 = Th. 11, 1, 17
c. 6 = Th. 11, 71, 2
c. 7 = Th. 5, 13, 30
c. 8 = Th. 5, 15, 2
c. 9 = Th. 5, 13, 34
c. 10 = Th. 13, 11, 9
c. 12 = Th. 11, 1, 31
c. 14 = Th. 11, 24, 6
c. 15 = Th. 6, 2, 24 (19)
c. 16 = Th. 12, 1, 186.

In ähnlicher Weise sind Cod. Just. 11, 65. 67. 71. 75 zusammengestellt. Man wird deshalb wohl darauf verzichten müssen, die Rubrik für Titel XIII zu ergänzen.[2])

---

[1]) Dies war auch in meinem Abdruck hervorgehoben. — [2]) Vesme sagt a. a. O., er habe von der Rubrik auf Blatt 13^{v}, 1 ATRIMONIA ganz sicher gelesen.

Auch die Ergänzung der Rubrik für Blatt 15 aus Cod. Just. 11, 59 wegen c. 14, welche in letzterem Titel als c. 3 wiederkehrt, ist nicht haltbar; sie paßt nicht zu dem Inhalt der übrigen Konstitutionen. Eher stimmt dazu die Rubrik von Cod. Just. 11, 65 de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticorum, in welchem Titel c. 20 vor Blatt 15 steht.

Was endlich Blatt 16 betrifft, so ist zwar c. 34 in dem von Mommsen vorgeschlagenen Titel des Justinianus untergebracht, dagegen gehören c. 29—33. 35 nicht in denselben; vielmehr ist nicht ausgeschlossen, daß Blatt 16 zu demselben Titel gehört wie Blatt 15.

II.

Über die Zerlegung der Konstitutionen im Codex Theodosianus.

Die Überlieferung der Konstitutionen der römischen Kaiser im Codex Theodosianus und im Codex Justinianus bringt dieselben nicht bloß in teilweiser Umgestaltung des Wortlautes, sie hat auch viele derselben in Stücke zerrissen und damit bisweilen das Verständnis getrübt. Unter dieser Zerstückelung haben am wenigsten die im Justinianus enthaltenen Reskripte gelitten, welche in kurzer Fassung die Entscheidungen über Einzelfälle enthielten und daher wenig Anlaß zur Zerlegung boten. In meinen Ausgaben des Justinianus ist auf den Zusammenhang der einzelnen Stücke hingewiesen, soweit dies zur Zeit durchzuführen war. Eine Vollständigkeit darin zu erreichen war insbesondere durch das Fehlen vieler Subskriptionen und durch die häufig fehlerhafte Überlieferung der erhaltenen Subskriptionen unmöglich gemacht; die Namensgleichheit der Adressaten und die Übereinstimmung der Regenten bieten meist keinen sicheren Anhalt zu Vermutungen nach dieser Seite hin.[1])

Reicher gestaltet sich die Aufgabe der Wiederzusammenfügung für die Gesetze aus der Zeit von Konstantin d. Gr.

---

[1]) Ein Beispiel sachlicher Entstellung durch Ablösung des ergänzenden Teils bietet Cod. Just. 3, 32, 4, welche Stelle erst durch 2, 52, 3 verständlich wird.

Mommsens Verteilung der Bruchstücke scheitert für Blatt 14 an der auf dem oberen Rande der Vorderseite sicher gelesenen Titelzahl XIII, welche schon Peyron mitgeteilt hatte. Letztere ergibt, wie gesagt, daß die Konstitutionen dieses Blattes zu dem auf der Rückseite von Blatt 13 beginnenden Titel gehören[1]); zwischen beiden Blättern sind der Schluß von c. 4 und c. 5—29 und der Anfang von c. 30 verloren gegangen. Damit wird zweifelhaft, ob die Rubrik von Titel XIII aus Cod. Just. 11, 66 zu ergänzen sei, in welchem c. 1 und 4 von Blatt 13^{v} wiederkehren. Ebenso paßt die Rubrik von Cod. Just. 11, 75, welche Mommsen wegen des in diesen Titel aufgenommenen c. 35 für Blatt 14 vorgeschlagen hat, nicht zu den übrigen Konstitutionen. In welchem Maße überhaupt die Justinianische Kommission von der Titeleinteilung des Theodosianus abgewichen ist, zeigen gerade die nächstverwandten Titel des Justinianus. So ist Cod. Just. 11, 59 de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur, soweit die Vergleichung mit dem Theodosianus möglich ist, aus diesem folgendermaßen zusammengesetzt:

c. 2 = Th. 11, 1, 4
c. 3 = Th. 5, 13, 4
c. 4 = Th. 11, 1, 17
c. 6 = Th. 11, 71, 2
c. 7 = Th. 5, 13, 30
c. 8 = Th. 5, 15, 2
c. 9 = Th. 5, 13, 34
c. 10 = Th. 13, 11, 9
c. 12 = Th. 11, 1, 31
c. 14 = Th. 11, 24, 6
c. 15 = Th. 6, 2, 24 (19)
c. 16 = Th. 12, 1, 186.

In ähnlicher Weise sind Cod. Just. 11, 65. 67. 71. 75 zusammengestellt. Man wird deshalb wohl darauf verzichten müssen, die Rubrik für Titel XIII zu ergänzen.[2])

---

[1]) Dies war auch in meinem Abdruck hervorgehoben. — [2]) Vesme sagt a. a. O., er habe von der Rubrik auf Blatt 13^{v}, 1 ATRIMONIA ganz sicher gelesen.

Auch die Ergänzung der Rubrik für Blatt 15 aus Cod. Just. 11, 59 wegen c. 14, welche in letzterem Titel als c. 3 wiederkehrt, ist nicht haltbar; sie paßt nicht zu dem Inhalt der übrigen Konstitutionen. Eher stimmt dazu die Rubrik von Cod. Just. 11, 65 de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticorum, in welchem Titel c. 20 vor Blatt 15 steht.

Was endlich Blatt 16 betrifft, so ist zwar c. 34 in dem von Mommsen vorgeschlagenen Titel des Justinianus untergebracht, dagegen gehören c. 29—33. 35 nicht in denselben; vielmehr ist nicht ausgeschlossen, daß Blatt 16 zu demselben Titel gehört wie Blatt 15.

II.

Über die Zerlegung der Konstitutionen im Codex Theodosianus.

Die Überlieferung der Konstitutionen der römischen Kaiser im Codex Theodosianus und im Codex Justinianus bringt dieselben nicht bloß in teilweiser Umgestaltung des Wortlautes, sie hat auch viele derselben in Stücke zerrissen und damit bisweilen das Verständnis getrübt. Unter dieser Zerstückelung haben am wenigsten die im Justinianus enthaltenen Reskripte gelitten, welche in kurzer Fassung die Entscheidungen über Einzelfälle enthielten und daher wenig Anlaß zur Zerlegung boten. In meinen Ausgaben des Justinianus ist auf den Zusammenhang der einzelnen Stücke hingewiesen, soweit dies zur Zeit durchzuführen war. Eine Vollständigkeit darin zu erreichen war insbesondere durch das Fehlen vieler Subskriptionen und durch die häufig fehlerhafte Überlieferung der erhaltenen Subskriptionen unmöglich gemacht; die Namensgleichheit der Adressaten und die Übereinstimmung der Regenten bieten meist keinen sicheren Anhalt zu Vermutungen nach dieser Seite hin.[1])

Reicher gestaltet sich die Aufgabe der Wiederzusammenfügung für die Gesetze aus der Zeit von Konstantin d. Gr.

[1]) Ein Beispiel sachlicher Entstellung durch Ablösung des ergänzenden Teils bietet Cod. Just. 3, 32, 4, welche Stelle erst durch 2, 52, 3 verständlich wird.



bis Theodos II., wie sie im Theodosianus stehen und hinsichtlich der Lücken desselben aus dem Justinianus zu ergänzen sind. Diese Arbeit ist schon in meisterhafter Weise von Jac. Gothofredus in Angriff genommen [1]) und im wesentlichen erschöpfend in der Zeittafel der Konstitutionen durchgeführt worden, welche Mommsen seiner Ausgabe des Theodosianus voraufgeschickt hat. [2]) Die gedachte Ergänzung des Theodosianus durch den Justinianus wird durch die im letzteren vielfach angewendete Methode erschwert, mehrere Konstitutionen aus verschiedener Zeit zusammenzuflicken, wie die Vergleichung mit den erhaltenen Teilen des Theodosianus gezeigt hat. [3])

Zur Zusammenfügung der aus einander gerissenen Bruchstücke genügt aber nicht die Aufzählung oder Nebeneinanderstellung derselben; es muß auch der Versuch gemacht werden, die ursprüngliche Aufeinanderfolge derselben wiederzufinden. [4]) Dieser Versuch ist bisher nur ganz vereinzelt gemacht worden; er wird nachgeholt werden müssen, wenn einmal die für Historiker und Juristen so wichtige Aufgabe in Angriff genommen wird, sämtliche Gesetze der römischen Kaiserzeit der Zeitfolge nach zusammengestellt zum Abdruck zu bringen. Das wäre eine Aufgabe, welche eine unserer Akademien ins Werk setzen sollte. Hier mag ein kleiner Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe gegeben werden durch den Hinweis auf Angaben, welche der Text des Theodosianus dafür bietet. Es handelt sich um die Bemerkungen, mit welchen die Verfasser des Theodosianus auf die Zerstückelung der Konstitutionen hingewiesen haben, nämlich um die Worte post alia und et cetera am Anfang beziehungsweise am Schluß der Bruchstücke. [5])

Die Bedeutung dieser Zusätze hat Mommsen erkannt, wie man daraus sieht, daß er sie in seiner Zeittafel im Gegensatz zu Gothofredus durchgängig kenntlich gemacht hat, indem er das Vorhandensein von post alia durch einen Strich vor den Zahlen der Konstitutionen, dasjenige von et

[1]) Ausgabe von Ritter I S. V—CCVII. — [2]) Theodosianus I S. CCIX—CCCVI. — [3]) Codex Justinianus ed. Krueger S. XXVII. — [4]) Über den Wert für das Verständnis vgl. schon Gothofredus Prolegomena CCXVI f. — [5]) Im Justinianus sind diese Bemerkungen weggelassen.

cetera durch einen Strich hinter den Zahlen andeutete. Daß die beiden Bemerkungen darauf hinweisen, daß noch andere Stücke derselben Konstitution in der Sammlung stehen, ist nach dem Plan derselben klar; die Kommission hatte den Auftrag, die rechtlichen Bestimmungen der Erlasse vollständig aufzunehmen und nur den nicht hierzu gehörigen Text wegzulassen.[1]) Fraglich ist aber, ob nur dieser Hinweis beabsichtigt war[2]), oder ob auch die ebengedachten Streichungen damit angedeutet werden sollten. Das läßt sich mit einiger Sicherheit durch Vergleichung der vollständig überlieferten Konstitutionen mit dem theodosianischen Text feststellen.

Die Möglichkeit einer solchen Vergleichung bieten die Sirmondsche Sammlung, die sogenannten Vatikanischen Fragmente und einige in die Akten der Konzilien aufgenommene Konstitutionen; eine Konstitution der Collatio legum Mosaicarum et Romanarum kehrt im Theodosianus wieder; eine andere im Theodosianus ausgezogene Konstitution ist inschriftlich erhalten. Von den Sirmondianae constitutiones enthalten c. 2. 9. 11. 14. 15. 16 je einen der theodosianischen Auszüge; die umfangreichen Abstriche entsprechen der gedachten Anweisung für die Gesetzgebungs-Kommission; keiner derselben ist in den Auszügen durch eine der obigen Bemerkungen angedeutet.[3]) Das gleiche gilt von den Auszügen aus den Vaticana fragmenta 35. 37[4]) und aus Collatio 5, 3[5]), ferner von Theod. 9, 45, 4. 16, 5, 66 als Auszügen aus den in den Konzilien-Sammlungen enthaltenen Erlassen.

Die Nichtberücksichtigung derartiger Streichungen ist aber nicht eingehalten im Theod. 16, 8, 5; obgleich in Sirmond. 4, aus der die Stelle entnommen, hinter dem ausgezogenen Text nur noch die Anweisung für die Publikation steht, schließt der Auszug mit et cetera. Dagegen enthält

[1]) Theod. 1, 1, 6 pr.: Ac si qua earum [constitutionum] in plura sit divisa capita, unumquodque eorum diiunctum a ceteris apto subiciatur titulo et circumcisis ex quaque constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus solum ius relinquatur. Vgl. c. 5 eod.: praetermissis illis, quae sanciendae rei non ex ipsa necessitate adiuncta sunt. — [2]) So Theod. 6, 26, 9 inter alia und 15, 1, 5 et infra. — [3]) Vgl. Theod. 16, 1, 39. 16, 2, 40. 16, 2, 31. 16, 2, 4. 5, 7, 2. — [4]) Theod. 3, 1, 2. 10, 17, 1. — [5]) Theod. 9, 7, 6.

Theod. 16, 9, 1, welche Stelle aus dem Anfang derselben Konstitution ausgezogen ist, entsprechend den obigen Auszügen keine Bemerkung über die Streichung der Einleitung; im übrigen steht zutreffend am Schluß et cetera und am Anfang des anderen Auszugs post alia.

Theod. 16, 2, 47 gibt den Anfang von Sirmond. 6 wieder, ist aber unter anderem Datum an den comes rerum privatarum gerichtet, während c. 6 die Ausfertigung an den Präfekten von Gallien enthält. Der Auszug hat am Schluß et cetera. Ergänzt wird der Auszug durch Theod. 16, 5, 64, an denselben Beamten gerichtet, welche Stelle mit post alia beginnt und mit den Schlußworten der Sirmondiana schließt, trotzdem aber et cetera hinzusetzt.[1]) Letzteres braucht nicht auf einem Versehen zu beruhen; sehen wir doch, daß derselbe Erlaß im Theod. 16, 5, 62, gerichtet an den Praefectus urbi, einen in der Sirmondiana fehlenden Schluß hat; vielmehr liegt näher, daß die Ergänzung zu c. 64 in einem verloren gegangenen Auszug gestanden hat, wofern nicht die Worte et cetera sich auf die in der Sirmondiana regelmäßig weggelassene Publikationsanweisung bezogen.

Den Anfang von Sirmond. 10 enthält Theod. 16, 2, 44 mit dem Zusatz et cetera; den Schluß gibt Theod. 9, 25, 3 mit dem Vermerk post alia. Ganz so ist das Verhältnis von Theod. 16, 5, 43. 16, 10, 19 zu Sirmond. 12. Sirmond. 14 wird in Theod. 16, 2, 31 und 16, 5, 46 wiedergegeben; die letztere Stelle hat zutreffend post alia, in der ersteren fehlt dagegen et cetera.

Von Vaticana fragmenta 249 ist der wesentliche Inhalt in Theod. 8, 12, 1 übergegangen; ein kurzer Auszug steht in 3, 30, 2 als Gemination zu 8, 12, 1 mit den zutreffenden Vermerken post alia — et cetera.

In dem Auszug aus dem inschriftlich erhaltenen Gesetze Konstantins (Bruns Fontes n. 94 [7] S. 266), welchen Theod. 9, 5, 1 gibt, vermißt man den Vermerk et cetera, da hinter der ausgezogenen Bestimmung noch weitere folgten.

---

[1]) Danach ist die Verschiedenheit in der Tagesangabe in einem der beiden Auszüge fehlerhaft.

Aus diesen Vergleichungen mit dem ursprünglichen Text ergibt sich also, daß die gedachten Vermerke sich nicht überall finden, daß aber, wo sie stehen, sie eine zuverlässige Stütze für Wiederherstellung der Reihenfolge der Auszüge abgeben. Andererseits zeigen namentlich die Vergleichungen mit den Sirmondianae, daß auch zwischen den Auszügen manches gestrichen worden, was nicht zur gesetzlichen Bestimmung gehörte, sondern mehr zur Überleitung diente oder Erwägungen und Ermahnungen brachte, wie sie den Gesetzgebern dieser Periode eigen waren.

Ehe wir nun daran gehen, auf Grund der beiden Vermerke die Ordnung der Auszüge festzustellen, muß noch untersucht werden, in welchem Maße das Fehlen der Vermerke auftritt, das uns bei dem obigen Vergleich begegnet ist, und ob die Weglassung auf die Bearbeiter der Sammlung oder auf spätere Überlieferung zurückgeht.

Aus den Angaben in der Zeittafel von Mommsen läßt sich leicht ersehen, wie ungemein häufig die beiden oder einer der Vermerke bei den zusammengehörigen Auszügen fehlen. Das trifft bald bei allen Auszügen desselben Erlasses, bald nur bei einzelnen zu. Wo im letzteren Fall der betreffende Auszug nur durch eine Handschrift überliefert ist, wie regelmäßig in den Büchern I. VI—XV, liegt es nahe an Schreiberversehen zu denken. Wo hingegen die vollständigen Texte mit den Breviar-Handschriften übereinstimmen, da ist die Wahrscheinlichkeit gegeben, daß der Mangel schon auf die Bearbeiter der Sammlung zurückgeht, und eine andere Annahme kaum zulässig, wenn alle zusammengehörigen Auszüge im Weglassen der Vermerke zusammenstimmen.

Für letzteres finden sich Beispiele bei einzelnen Erlassen der Jahre 317. 320. 338. 349. 354. 356. 361 (darunter ein in 11 Auszüge zerlegter Erlaß). 364 (ebenso). 390. 394; in einzelnen Jahren, wie 319. 323. 326. 331. 332. 334. 340. 355. 389. 392. 393. 396, trifft dies für sämtliche hierhergehörige Auszüge zu, in anderen, wie 400. 436, für die überwiegende Zahl.

Daß dagegen sämtliche Handschriften in der Weglassung der Vermerke bei einzelnen der zusammenhängenden Aus-

züge übereinstimmen, zeigt sich z. B. bei 2, 19, 6 (gegenüber 1, 2, 12 post alia — et c.), bei 4, 14, 1 (gegenüber 2, 12, 7 et c.) und bei 16, 8, 19 (gegenüber 2, 8, 25 post alia).

Weglassungen durch Schreiberversehen erweisen sich für die einzelnen Breviarhandschriften durch Vergleichung mit den übrigen. So fehlt z. B. post alia

in H zu 4, 1, 1. 8, 18, 9
in B zu 1, 4, 3. 1, 34, 2. 2, 1, 12. 2, 30, 2. 2, 31, 1. 2, 32, 1
in O durchgängig[1])
in N zu 2, 30, 2
in L zu 1, 34, 2
in A zu 1, 34, 2
in G zu 1, 34, 2. 2, 30, 2. 13, 10, 1
in Y zu 16, 5, 59;

et cetera fehlt

in P zu 2, 28, 1
in E zu 16, 8, 26
in O stets
in L zu 2, 28, 1.

In den Handschriften des Theodosianus selbst sind mir Beweise gleicher Flüchtigkeit, welche durch Vergleichung mit anderen Handschriften erbracht werden könnten, bisher nicht aufgestoßen.

Wir gehen nun dazu über, für einzelne der zerstückelten Konstitutionen die Reihenfolge der Auszüge an der Hand der beiden Vermerke festzustellen. Am einfachsten gestaltet sich diese Aufgabe, wenn nur zwei Auszüge in Frage stehen, von denen der eine mit et cetera schließt, der andere mit post alia beginnt. So gehören zusammen 1, 29, 2 und 8, 15, 4; 2, 1, 1 und 11, 7, 6; 6, 27, 2 und 6, 21, 26; 8, 1, 4 und 8, 15, 2; 8, 4, 4 und 7, 22, 6; 8, 5, 3 und 11, 10, 2; 8, 5, 58 und 7, 14, 1[2]); 11, 30, 1 und 11, 29, 1; 13, 10, 1 und 10, 10, 1.

Ebenso einfach bestimmt sich bei 3 Auszügen die Einschiebung desjenigen, der beide Vermerke trägt, zwischen die mit et cetera allein und post alia allein versehenen.

---

[1]) O hat auch wohl absichtlich die vereinzelte Bemerkung zu Anfang von 2, 10, 6: de re necessaria et ad locum weggelassen. — [2]) Diese Stellung bestätigt sich noch dadurch, daß 7, 14, 1 mit den Worten lex nostra auf 8, 5, 58 Bezug nimmt.

So hängen zusammen 8, 4, 25. 12, 1, 170. 14, 7, 2; ferner 8, 8, 7. 2, 12, 6. 7, 12, 3; 12, 1, 187. 188. 8, 4, 30[1]); 13, 5, 36. 37. 13, 9, 6; 14, 15, 6. 1, 12, 7. 11, 7, 15.

Unsicherer wird die Herstellung der Reihenfolge bei mehr als 3 zusammengehörigen Auszügen, von denen die mittleren beide Vermerke tragen. Für die Einordnung der letzteren müßte der Inhalt entscheiden, und dieser wird uns dafür oft im Stich lassen. Einigermaßen sicher gestaltet sich die Reihenfolge der 5 Auszüge aus der Verordnung vom 6. August 423 (Honorius), von denen 3 mit beiden Vermerken versehen sind, einer mit et cetera, der fünfte mit post alia allein. Die Ordnung wird folgende gewesen sein: 9, 1, 19. 9, 6, 4. 4, 10, 2. 2, 1, 12. 1, 6, 11. Ebenso wird man folgende 4 Auszüge zusammenstellen: 16, 8, 26. 16, 9, 5. 16, 10, 22. 16, 5, 59. Zu den 6 Auszügen aus der Verordnung vom 11. Juli 422, von denen 5 beide Vermerke, einer (2, 31, 1) nur post alia hat, wäre hiernach der Anfang verloren; die Auszüge könnten ihrem Inhalte nach so einander gefolgt haben: 2, 13, 1. 2, 28, 1. 2, 30, 2. 8, 8, 10. 2, 32, 1. 2, 31, 1.[2])

Am stärksten zerstückelt ist die von Valentinian III. unter dem 7. November 426 erlassene Konstitution, die um des Adressaten willen (des Senats von Rom) trotz des verschiedenartigen Inhalts eine einheitliche gewesen sein wird. Davon enthält der Theodosianus 7 Auszüge, 6 derselben mit beiden Vermerken versehen, eine (4, 1, 1) nur mit post alia. Ergänzt werden diese Auszüge durch 5 nur im Justinianus überlieferte Stücke. Dem Inhalt nach bilden die 12 Auszüge 2 Gruppen. Die eine enthält Bestimmungen über die Gesetzeskraft der Konstitutionen und der Juristenschriften und läßt sich so ordnen: Just. 1, 14, 2. 3. 1, 19, 7. 1, 22, 5. Theod. 1, 4, 3. Die andere, welche nach 4, 1, 1 den Schluß bildete, regelt den Widerruf von Schenkungen, welche ein paterfamilias bei

---

[1]) 12, 1, 188 und 8, 4, 30 stimmen dem Wortlaut nach überein, nur daß die Bestimmung von c. 188 auf den decurio aut subiectus curiae, diejenige von c. 30 auf den cohortalis aut subiectus cohorti lautet. Ursprünglich bildeten diese Auszüge einen einheitlichen Text, welcher beide Gruppen umfaßte; insofern könnte man das et cetera des c. 138 bemängeln. — [2]) Nach Gothofredus zu 2, 13, 1 wäre die Reihenfolge: 2, 28, 1. 2, 31, 1. 2, 30, 2. 2, 32, 1. 8, 8, 10. 2, 13, 1.

der Emanzipation gemacht hat (Theod. 8, 13, 6), und das Anrecht des paterfamilias oder parens manumissor auf die bona materna und materni generis, sowie auf das lucrum nuptiale und verwandte Materien, etwa in folgender Ordnung: Theod. 8, 13, 6. 8, 19, 1. 8, 18, 9. 10. Just. 6, 30, 18. Theod. 5, 1, 8. 4, 1, 1.[1])

Zum Schluß mag noch darauf hingewiesen sein, daß ein Einzelvermerk, der nicht seine Ergänzung durch den anderen Vermerk findet, auf den Verlust einer Konstitution hindeutet, wie schon oben gelegentlich hervorgehoben ist. So fehlt z. B. der Anfang zu den in Verbindung stehenden Auszügen 11, 1, 35 (post alia — et cetera) und 12, 6, 32 (post alia); auf das Fehlen des Abschlusses deuten z. B. 1, 1, 5 und 6, 26, 14, beide mit dem Schlußvermerk et cetera. Bisweilen ergänzt der Justinianische Codex die Lücke, z. B. zu 8, 1, 17 (et cetera) Just. 1, 51, 9; zu 12, 4, 1 (et cetera) Just. 10, 34, 2. 10, 35, 1. Daß der Schlußvermerk et cetera freilich irreführen kann, ist zwar oben (S. 7) bei 16, 8, 5 hervorgetreten, doch ist nicht anzunehmen, daß gleiche Versehen häufig untergelaufen sein mögen.

[1]) Gothofredus zu Theod. 8, 18, 10 ordnet so: Just. 6, 30, 18. Theod. 8, 13, 6. 8, 19, 1. 8, 18, 9. 4, 1, 1. 8, 18, 10.

II.

Römisches Recht im frühesten Mittelalter.

Fragment einer zweiten Ausgabe der „Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter".

Von

Max Conrat (Cohn) (†).

Aus dem Nachlaß herausgegeben von

Herrn Dr. **Hermann U. Kantorowicz.**

Vorbemerkung des Herausgebers.

Das nachfolgend abgedruckte Fragment, an dem Conrat bis zu seinem Tode (12. 12. 1911) gearbeitet hatte, wurde in seinem Schreibtisch vorgefunden und bildet das einzige in druckfertiger Form vorliegende Stück der von ihm unternommenen 2. Ausgabe seines Hauptwerks. Es entspricht in starker Vermehrung und Umarbeitung S. 2—9 der ersten Ausgabe von 1891 nebst der bis S. 13 reichenden Anm. 1 zu S. 9. Über den Rest des Ms. unterrichtet das Nachlaßinventar unter Nr. III (diese Zeitschrift 33, 480). Die Arbeit des Herausgebers mußte sich in Anbetracht der stilistischen Abgeschlossenheit dieses Fragments beschränken auf die Herstellung eines leserlichen Ms., wobei insbes. diejenigen Zitate nachgeschlagen werden mußten, deren Schreibung undeutlich war, auf die Verbesserung von Schreibfehlern, die Ausfüllung von Selbstzitaten und die Überwachung der Drucklegung, für welche Conrats Gewohnheiten auch in Äußerlichkeiten maßgebend bleiben mußten; auch mußte ein für diesen unselbständigen Teil des Conratschen Werkes passender Titel hinzugefügt werden, desgleichen eine Anzahl durch ⟨ ⟩ gekennzeichneter Bemerkungen redaktioneller Art. Für die Vollständigkeit und die Richtigkeit des Inhalts, insbes. der Zitate, soweit sie nicht aus dem angegebenen oder anderem Grunde nachgeschlagen wurden, konnte und brauchte daher keine Verantwortung übernommen werden. Die Abkürzungen der Titel der bekannten Werke von Savigny, Bethmann-Hollweg, Brunner, der Zeitschriften und Rechtsquellen bedürfen keiner Erklärung; außer ihnen sind nur mit Verfassernamen zitiert: v. Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten; Hefele, Konziliengeschichte; E. Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts; v. Wretschko, De usu breviarii

Alariciani, Beitrag zu Mommsens Ausgabe des Theodosianus 1, 1 p. CCCVII sqq.; ferner meist ohne Verfassernamen die folgenden Schriften von Conrat: Der Pandekten- und Institutionenauszug der Britischen Dekretalensammlung; und: Breviarium Alaricianum, Römisches Recht im fränkischen Reich in systematischer Darstellung. — Den hier fehlenden Anfang empfiehlt es sich, in der ersten Ausgabe nachzuschlagen.

⟨Erstes Kapitel. **Weltliche Gesetze.**[1]⟩

. . . .

1. Ich beginne mit den sogenannten Leges barbarorum.

a) Lex Salica[2]). In den beiden Manuskripten der zweiten Handschriftenfamilie findet sich ein der Interpretation des Breviars (C. Th. 3, 12, 2) entlehnter Text[3]), der sich auf das Ehehindernis in der Seitenverwandtschaft bezieht.[4.5])

---

[1]) ⟨Dieser, der Hs. fehlenden Überschrift geht auf S. 1 der 1. Ausg. eine kurze „Einleitung" voraus und folgt, auf S. 1/2, eine Erklärung, daß von der folgenden Betrachtung ausgeschlossen seien sowohl die das Breviar an Alter überragenden Leges barbarorum — Lex Gundobada und Leges Eurici — als die von ihm unbeinflußt gebliebenen Leges Romanae der Burgunder und Ostgosten. Entwurf einer Neubearbeitung des letzteren Stücks liegt im Nachlaß Nr. III.⟩ — [2]) Vgl. Savigny II, 95; Halban III, 46—48; Wretschko CCCXXIII. — [3]) 'Si quis sororis aut fratris filiam aut certe ulterius gradus consobrinae aut certe fratris uxorem, aut avunculis, sceleratis nuptiis sibi iunxerit, hanc poenam subiaceant, ut de tale consortio separentur atque etiam si filiis habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamiae sunt nativitate', nach Codd. 6 u. 5 der Ed. Hessels (Lex Sal., the ten texts with the gloss., 1880), Spalte 77. Ähnlich ist der Text, a. a. O. in Cod. 10 und in der Lex emendata. — [4]) Brunner, I 428[3], neigt zu der Annahme, daß die Einfügung des Textes nicht vor das Jahr 567 falle, weil sie wohl erst nach dem in diesem Jahre abgehaltenen Konzil von Tours, das sich gleichfalls, in c. 22, der Konstitution bedient (vgl. unten), erfolgt sei. Entlehnt ist indessen die Konstitution dem Konzile nicht, da sie den Breviartext vollständiger aufnimmt. Die Schlußworte wollen mit ihrem 'sed infamiae sunt nativitate' nichts weiter als die Vorlage (vgl. Zeumer NA, XXIV 615) wiedergeben: indessen tritt mit der abweichenden Lesung ein der Vorlage fremder Sinn zutage, in dem die Rechtsfolge der Infamie nicht den inzestuosen Eheleuten, sondern ihren Kindern zugeschrieben wird (vgl. Zeumer, MG. Leges Visig. 161[1] [eod. 3, 5, 2]). — [5]) Erwähnenswert ist auch das 'non per stirpes sed per capita' im Heroldschen Text. Es könnte etwa Wiederholung von Worten der Epit. Gai (2, 8, 6 'non in stirpem sed in capita') sein.

b) Lex Ribuaria.[1]) Die Freilassung In ecclesia, im Wege der Hingabe des Sklaven nebst Urkunden an den Bischof und in Gegenwart von Presbytern, Diakonen, oder des gesamten Klerus und der Gemeinde, sowie unter Errichtung von Urkunden nach Lex Romana ('secundum legem Romanam') wird als Freilassung 'secundum legem Romanam' charakterisiert (58, 1).[2]) Daß sich diese Bezeichnung auf einen Text bezw. einen gerade im Breviar überlieferten Text gründet, wird sich freilich nicht sagen lassen.[3.4])

c) Sehr stark tritt Beziehung zum römischen Rechte in der Lex Baiuwariorum hervor[5]), deren Abfassungszeit etwa in das fünfte Jahrzehnt des 8. Jahrhunderts fallen mag.[6]) Indessen werden fast alle Texte, die auf das römische Recht zurückgehen, direkt der westgotischen Gesetzgebung, in ihrer ältesten besonders stark vom römischen Rechte beeinflußten Gestalt der Leges Eurici, entlehnt sein.[7.8])

---

[1]) Vgl. Savigny II 95; Halban III 56; Wretschko CCCXXIII. — [2]) 'Hoc etiam iubemus, ut, qualiscumque Francus Ribuarius, seu tabularius servum suum pro animae suae remedium seo pro precio secundum legem Romanam liberare voluerit, ut eum in ecclesia coram presbyteris, diaconis, seo cuncto clero et plebe, in manu episcopi servo cum tabulas tradat, et episcopus archidiacono iubeat, ut ei tabulas secundum legem Romanam, quam ecclesia vivit, scribere faciunt' (Ed. Sohm, MG. LL. V, 242). — [3]) Der in Frage kommende Text des Breviars (CTh. 4, 7, 1), das einzige aus Tit. CTh. 'De manumissione in ecclesia' erhalten gebliebene Gesetz, charakterisiert den Modus manumittendi damit, daß die Freilassung 'sub aspectu antistitum' (Int. 'sub praesentia sacerdotum') zu geschehen hat. Bei dem Satze, daß die (vom Bischof dem Archidiakon aufgetragene) Abfassung der Tabulae nach römischem Recht ('secundum legem Romanam') zu geschehen habe, ist an Abfassung nach römischer Urkundenform, nicht nach einem bestimmten Text der Lex Romana gedacht. — [4]) Sohm (vgl. N. 2) p. 189—192 nimmt an, daß der Teil des Volksrechts, dem der Text angehört, aus einem Königsgesetz vom Ausgange des sechsten Jahrhunderts stammt. Andere entscheiden sich für ein späteres Datum (vgl. Brunner I, 446[16]). — [5]) Vgl. Savigny II, 84—92; Wretschko CCCXXIII und CCCXXIV. — [6]) Vgl. Brunner I 462 u. 454[8]. — [7]) Vgl. Brunner I 456 u. 458. Die Stellen sind von Zeumer in seiner Ed. (MG. Leges Visig.) aufgeführt, und zwar als Parallelstellen zu den Codicis Euriciani fragmenta (3 sq.) oder für sich (28 sq.), wo diese fehlen und der Text des Eurich erst aus dem bairischen Gesetz restituiert werden kann. Hierzu gehört nach der ausführlich begründeten Annahme

Es bleibt dann noch ein Text (1, 1, 12)[1]), der auf eine Konstitution des sechzehnten Buchs des Codex Theodosianus zurückgeht.[2]) Dabei ist der Umstand bemerkenswert, daß durch Weglassung der Schlußsätze der Konstitution sich ein von der Vorlage abweichender Sinn ergibt. Das Gesetz, das im allgemeinen das Zusammenwohnen der Kleriker mit Personen weiblichen Geschlechts verpönt, gestattet nämlich zugunsten der nächsten Blutsverwandten eine Ausnahme, weil in diesem Falle die Gefahr geschlechtlichen Verkehrs ausgeschlossen sei. Soweit auch das bairische Volksrecht. Wenn sich aber in dem römischen Gesetze selbst ein Zusatz anschließt ('illas etiam non relinqui castitatis hortatur affectio, quae ante sacerdotium maritorum legitimum meruere coniugium. Neque enim clericis incompetenter coniunctae sunt, quae dignos sacerdotio viros sui conversatione fecerunt'),

---

Zeumers, NA. XXIII 104f. (vgl. auch Brunner I 463 Note 36 [S. 462]), das siebente Kapitel des bairischen Gesetzes (Nr. 2 in Ed. Zeumer [p. 28]), das folgendermaßen lautet: 'nuptias prohibemus incestas; itaque, uxorem habere non liceat socrum, nurum, privignam, novercam, filiam fratris, filiam sororis, fratris uxorem, uxoris sororem. Filii fratrum, filii sororum inter se nulla praesumptione iungantur. Si quis contra hoc fecerit, a loci iudicibus separentur et omnes facultates amittant, quas fiscus adquirat. Si minores personae sunt, quae se inlicita coniunctione polluerunt, careant libertatem, servis fiscalibus adgregentur'. Zeumer meint, daß ein Text, wie etwa Paul. Sent. rec. 2, 19, 5 oder Gaius 1, 62 u. 63 zugrunde liegt (vgl. auch E. v. Schwind, NA. XXXI, 420 u. 421, und die dort Zitierten). Mehr noch als an Gaius selbst erinnert die Stelle an Epit. Gai (1, 4, 3—7). — [8]) Der N. 7 abgedruckte Text kehrt auch in der etwa im zweiten oder dritten Jahrzehnt des 8. Jahrhunderts abgefaßten (vgl. Brunner I 452) Lex Alamannorum (39, 1) wieder (vgl. Savigny II 95 und Wretschko CCCXX III). Er ist vielleicht späteres Einschiebsel (vgl. v. Schwind [Note 7] S. 432).

[1]) In den mehreren Fällen, in denen Merkel, MG. LL. III 51, auf Anklänge an römisches Recht hinweist (p. 39[93]. 45[4]. 55[54]. 60[88]. 127[8] [126].171[5]), läßt sich nicht einmal Beeinflussung durch römisches Recht, geschweige denn Entlehnung aus seinen Quellen behaupten. — [2]) Zweifelhaft ist, ob ihn das Gesetz dem Liber decimus sextus (2, 44) oder dem Breviarauszug (16, 1, 6) entlehnt hat. Er findet sich auch in der Sammlung der Sirmondischen Konstitutionen (c. 10), ferner im Cod. Just. (1, 3, 19), so daß Mommsen, Theod. ad h. l. u. Prol. LX, selbst mit Entlehnung aus letzterem gerechnet wissen will, wozu freilich gar kein Anlaß ist.

wonach ihnen Hausgemeinschaft auch mit den Frauen gestattet ist, die sie vor der Bekleidung des Sacerdotium geheiratet haben, so nimmt das bairische Volksrecht hiervon nur die ersten Worte auf ('illas etiam non relinqui castitatis hortatur affectio'), die damit aus ihrem Zusammenhang gerissen lediglich den Sinn einer bloßen Bestätigung des Vorausgegangenen ergeben: tritt hierin eine der Fortsetzung des ehelichen Lebens feindliche Tendenz zutage, so wird sie in das Volksrecht durch die bei seiner Abfassung beteiligte Geistlichkeit hineingetragen sein.[1,2])

d) Leges Visigothorum.[3]) Die große Masse der römischrechtlichen Ursprung verratenden Gesetze in der von Reckessvind (649—672) veranstalteten Revision des westgotischen Rechts geht auf die Kodifikation König Eurichs zurück, die in den Zeitraum zwischen den Jahren 469 und 481 fallen wird.

Daneben findet sich eine Anzahl Sätze, die dem Breviar entlehnt sind. Hierzu gehören mehrere mit 'Antiqua' überschriebene Verordnungen, die sich durch diese Bezeichnung als Stücke kennzeichnen, die aus einer älteren von König Leovigild (568—586) veranstalteten Revision der westgotischen Gesetze herstammen, und von denen einzelne völlige oder wenigstens annähernde Übereinstimmung mit der Vor-

[1]) Vgl. Loening 2, 325. — [2]) Ob die Phrase (2, 1) 'et hoc non sit per occasionem factum, sed probata res pateat veritatem', wie Savigny II 85d, annimmt, auf einen in die Pandekten (48, 4, 7, 3) aufgenommenen Text des Modestin ('Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate') zurückgeht, wird sich nicht ausmachen lassen; bejahendenfalls könnte die Pandektenstelle dem Redaktor durch das Kommonitorium Gregors I. (Registr. 13, 45), das den Text überliefert, vermittelt sein: vgl. Pandektenauszug S. 17[4] und schon Mommsen, Dig. ad h. l. (II 803). — [3]) Vgl. Mommsen, Theod. Prol. LX, und Wretschko CCCX und CCCXI. Die Angaben des Textes gründen sich auf Zeumers Forschungen, die im NA. (XXIII, 419f., XXIV, 39f. u. 571f., XXVI, 91f.) und in der Ed. (vgl. S. 15 N. 7) niedergelegt sind. Allerdings scheint mir der Verfasser in der Annahme einer Beeinflussung des westgotischen Rechts durch das römische zuweilen zu weit zu gehen, und noch häufiger kann ich mich nicht überzeugen, daß in einem westgotischen Gesetze die Benutzung eines bestimmten von Zeumer hierfür angeführten Textes zutage tritt.

lage aufweisen[1]): doch haben auch noch spätere Könige, Chindasvind (642—653) und Reckessvind selbst, aus dem Breviar geschöpft.[2,3])

Der als 'Antiqua' bezeichnete Titel 'De gradibus' (4, 1) ist im wesentlichen der gleichnamige Titel des Auszugs aus den Sentenzen des Paulus (4, 10), wobei, was im Breviar einen Abschnitt (Paragraph), Sentenz nebst zugehöriger Interpretation, innerhalb eines Titels bildet, als ein durch Rubrizierung gekennzeichneter besonderer Gesetzestext wiederkehrt: der spielerische Wechsel des in der Rubrik verwendeten Ausdrucks für den gleichen Gegenstand[4]) — es handelt sich überall um das nur in der Gradzahl variierende Verwandtschaftsverhältnis — verrät späte Entstehung, wie man auch in der Rubrizierung der vom sechsten und siebenten Grade handelnden Sätze (4, 1, 6 u. 7) mit den auf den sechsten Grad als gesetzliche Grenze abstellenden Worten 'De sexti gradus extremitate' und 'De personis septimi generis que legibus non tenentur' das Werk Reckessvinds wird erblicken dürfen.[5])

Benutzung der Justinianischen Gesetzbücher ist unerweislich (vgl. S. 32 Note 4).[6])

e) Leges Langobardicae.[7]) In den Text des Prologs des Edictum Königs Rothari v. J. 643 ist eine Phrase verflochten,

---

[1]) Insbesondere ist es 5, 5, 9 (CTh. 2, 33, 1 Int.), ferner 7, 2, 18 (P. 5, 3, 2) und 7, 5, 6 (P. 5, 27, 11) der Fall. — [2]) Mit Bezug auf Gesetze Chindasvinds gilt es insbesondere von 6, 2, 1 (P. 5, 23, 3) u. 6, 2, 4 (CTh. 9, 13, 1 Int. u. 3 Int.). — [3]) Unzutreffend ist, wenn Haenel, LRV. p. 466, Judengesetze Sisebuts (612—621) und Ervigs (680—687 12, 2, 14 u. 12, 3, 12) und ein sonstiges Gesetz des letzteren (2, 4, 7) das Breviar benutzen läßt. — [4]) Die Rubriken, soweit sie nicht schon im Texte genannt sind, lauten, wie folgt: de primi gradus natura (1), de secundi gradus adfinitate (2), de tertii gradus parentela (3), de quarti gradus consanguinitate (4), de quinti gradus origine (5). — [5]) Erst seit Chindasvind (3, 5, 1) besteht ein Ehehindernis bis zum sechsten Grad ('usque ad sextum generis gradum') (vgl. Reckessvind 12, 2, 6; Ervig 12, 3, 8): bis dahin hatte das in die Lex Baiuwariorum (7, 1—3) übergegangene Recht aus der Gesetzgebung Eurichs gegolten. — [6]) ⟨Der 1. Ausgabe.⟩ — [7]) Vgl. Savigny II 219—221, und Halban II 105f.

die einer Novelle Justinians (7 Praef.) in der im Authenticum aufgenommenen Version (7 Praef.) entlehnt ist.[1])

Auch sonst könnte vereinzelt das Edikt unter Benutzung des Textes der Justinianischen Kodifikation geschrieben sein.[2])

Des weiteren ist in den Gesetzen der langobardischen Könige zwar der Einfluß römischrechtlichen Sprachgebrauchs nicht zu verkennen, wohl auch Einwirkung römischen Rechts

---

[1]) Hierauf ist zuerst von Tamassia, Le alienazioni degli immobili e gli eredi (1885), und von Pasquale del Giudice, Rendic. del R. istit. Lomb. Ser. II Vol. XVIII 456 (1886) hingewiesen. Ich stelle die Texte und zwar, soweit sie übereinstimmen, in Kursiv gegenüber.

Nov.	Roth. ⟨MG. LL. IV 1 sq.⟩
credimus oportere .. una complecti *lege, quae priores omnes* et *renovet et emendet, et quod deest adiciat et quod superfluum est abscidat.*	necessarium esse prospeximus presentem corregere *legem, quae priores omnes renovet et emendet, et quod deest adiciat et quod superfluum est abscidat.*

An der Herkunft des Edikttextes aus der Novelle ist nicht zu zweifeln: auch der Umstand, daß der Prolog zum Edikte Liutprands, wo er auf ihn Bezug nimmt ⟨a. a. O. S. 107⟩, erheblich abweicht (Rothari rex .. ubi et prudenter hoc inserere curavit, dicens, ut quis ille langobardorum princeps eius successor superfluum quid inibi reperit, ex eo sapienter auferret, et quod minus invenerit, deo sibi inspirante adicerit), kann daran nichts ändern. Neuerdings meint Zeumer, NA. XXIII 429, daß die Novellenstelle dem Rothari durch den Prolog des Codex revisus des Leovigild vermittelt worden ist (vgl. S. 17). — [2]) So könnten die von den Enterbungsgründen handelnden Kapitel (168—170) unter Benutzung von Nov. 115, pr. 1. 5. 6 abgefaßt sein. Ein gleiches Maß von Wahrscheinlichkeit für die Annahme einer Beeinflussung durch Quellentext (Rubr. J. 3, 6) besteht bezüglich Rubr. 153 des Edikts (De gradibus cognationum). Nach dem Vorgange von Boretius, MG. LL. IV ad 151 (p. 35) nimmt Brunner I 532[2] an, daß in den Worten 'quia omnes scire debent, quod suum non alienum est' eine Konstitution des Cod. Just. (8, 4, 11) benutzt sei. Die zitierten Worte des Rothari wollen, so scheint mir, motivieren, daß der Vindikant sein Eigentum beweisen müsse, indem sie sagen, jedermann habe zu wissen, daß sein Eigentum ihm gehöre. Der anklingende Text des Kodex ('omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere') besagt dagegen, jedermann müsse wissen, daß, was einem nicht zugehöre, fremdes Eigentum sei, worauf sich die Actio furti gründe.

anzunehmen[1]), indessen ein Rückgang auf seine Quellen nicht zu erweisen.[2,3])

Daß in den Gesetzen, die dem englischen Boden angehören, keinerlei sichere Benutzung der römischen Rechtsquellen zutage tritt, wird an anderer Stelle (vgl. 6. Kapitel) dargelegt werden.

2. Zwischen den Kapitularien der fränkischen Könige und den Quellen des römischen Rechts bestehen nur geringfügige Beziehungen.[4]) Ausdrücklich bezeugt es Karl der Kahle im Edictum Pistense vom Jahre 864[5]): wie er einer-

---

[1]) Hierzu gehört insbesondere im Ed. Roth. die Verwendung des Verjährungsbegriffs (227 und 228), ferner die zweijährige Frist zur Vollziehung der Verlobung (178) (vgl. Brunner I 532 und Zeumer, NA. XXIII 584). Wieviel vom römischen Recht durch das Medium des bairischen Gesetzes bezw. des älteren Westgotenrechts in die langobardische Gesetzgebung eingedrungen ist, kann dahingestellt bleiben. — [2]) Wenn Pasquale del Giudice, a. d. S. 19 N. 1 a. O. und sonst (Studi di storia e diritto [1889] S. 362f.), und Tamassia, Le fonti dell' editto u. Z. f. R. G.[2] XVIII, 148f., in einer großen Zahl weiterer (vgl. auch N. 3) Fälle Einwirkung des römischen bezw. Justinianischen Rechts, aber auch Entlehnung aus den Gesetzbüchern der Justinianischen Kodifikation annehmen zu können glauben, so halte ich hierfür den Beweis nicht für erbracht, womit im wesentlichen z. B. Halban II 180 und Brunner I 532[10] übereinstimmen. Der an einer anderen Stelle (Nozze Bertolini-Brusa 12. Aug. 1908) ⟨von Tamassia⟩ ausgesprochenen Ansicht, daß Liutpr. 19 ('propter deum et animae suae mercedem') Benutzung von übrigens mißverstandenen Worten der Rechtsquellen durchschimmere, gedenke ich ausdrücklich um deswillen, weil hier die angebliche Rechtsquelle die Pandekten (24, 9, 1, 2 'Qui pro sua religione aestimet') ⟨sind⟩, andererseits aber die Unzulänglichkeit der Beweisführung besonders frappant vor Augen tritt. — [3]) Dies gilt, womöglich noch in verstärktem Maße, von dem Versuche, Beeinflussung der langobardischen Gesetzgebung durch das Breviar darzutun, worüber Wretschko CCCLI orientiert. Auch die von letzterem geteilte Annahme Patettas (Arch. Giur. XLVII 9sq.), daß Liutpr. 16 aus Br. CTh. 2, 27, 1 geschöpft sei, hat hier nichts Überzeugendes. — [4]) Vgl. Savigny II 96—99. 221—225; Halban III 49f.; Wretschko CCCXXIV. — [5]) Ed. Krause, MG. Capit. II 311 sq. Das Edikt unterscheidet 'terra (regiones)', 'in qua (quibus) iudicia secundum legem Romanam terminantur (quae legem Romanam sequuntur)' und 'in qua iudicia secundum legem Romanam non iudicantur' (13. 16. 20. 23. 31). An einer anderen Stelle (28) heißt es: de illis autem, qui secundum legem Romanam vivunt, nihil aliud, nisi quod in eisdem continetur legibus definimus. Die Lex Romana ist

seits hinsichtlich der Provinzen, in denen nach Lex Romana geurteilt wird, und für die Personen, die nach Lex Romana leben, mit Bezug auf verschiedene Straftaten die Anwendung der Lex Romana vorschreibt, so weist er andererseits, und zwar zur Rechtfertigung dieses Sachverhalts, darauf hin, daß mit Bezug auf oder gegen die Lex Romana weder er noch seine Vorgänger irgendein Kapitel eingeführt haben (20).[1]) So tritt in einem Gesetze Chlotars II. (584—628)[2]), das die Geschäfte der Römer, das ist der römischen Bewohner Neustriens bezw. der Provinzialen, nach den 'romanae leges' entschieden wissen will[3]) und selbst Sätze aufstellt, die sich mit dem Rechtsinhalt der römischen Gesetze decken[4]), nicht allein weithin Anklang an die römische Gesetzessprache[5]), sondern auch Entlehnung aus seinen Quellen zutage: es sind zur Einführung Gemeinplätze verwendet, mit denen Valentinian III. eine auch in das Breviar (8, 1) übergegangene Novelle (27) einleitet (pr.).[6]) Es verdient Hervorhebung, daß

---

natürlich das Breviar: ob aber bei den einzelnen Verweisungen auf sie ein bestimmter Quellentext ins Auge gefaßt ist, läßt sich nicht sagen. Die Tatbestände (und die entsprechenden Quellentexte, hinsichtlich deren auf Syst. Brev. Alar. verwiesen werden kann) sind etwa die folgenden: 13. 16. 23 Münzverbrechen (vgl. a. a. O. S. 566 u. 567); 20 Amtsmißbrauch (S. 582 u. 583); 28 Fortbestand des auf einer Sache lastenden Ius regium bei Tradition oder Verkauf (S. 681 u. 682). Zu dem Text (31), der von dem Schicksal der Flüchtlinge aus den von den Normannen besetzten Landstrichen handelt, könnte etwa an Stellen gedacht sein, wie sie a. a. O. S. 177 f. aufgeführt sind.

[1]) 'super illam legem (sc. legem Romanam) vel contra ipsam legem nec antecessores nostri quodcunque capitulum statuerunt nec nos aliquid constituimus.' — [2]) Ed. Boretius, MG. Capit. I 18 u. 19 (Nr. 8) bezeichnet das Gesetz als 'Chlotarii II praeceptio'. Die Annahme, daß Chlotar II., nicht Chlotar I. sein Urheber ist, kann für die herrschende gelten. — [3]) 'Inter Romanus negutia causarum romanis legebus praecepemus terminari' (4). — [4]) Der Epilog enthält die Worte: 'provideat ergo strinuetas universorum iudicum, ut praeceptionem hanc sub omni observatione custodiant, nec quicquam aliud agere aut iudicare, quam ut haec praeceptio secundum legum romanarum seriem contenit'. Im Prolog heißt es: 'ideoque per hanc generalem auctoritatem praecipientes iubemus, ut in omnibus causis antiqui iuris norma servetur'. — [5]) Vgl. die Noten der Ed. Boretius (N. 2). — [6]) Ich stelle die Texte gegenüber, zur Rechten die Novelle und zur Linken das Gesetz Chlotars, und mache die Übereinstimmung durch Gebrauch der Kursive kenntlich.

unabhängig voneinander innerhalb eines Zeitraums von wenigen Jahrzehnten ein merowingischer König (Chlotar II.) und ein langobardischer König (Rothari) mit der Phraseologie der Novellen, der Justinianischen Kodifikation und des Breviars, das schmucklose Kleid ihrer Gesetzessprache zu zieren versuchen. Unter den Kundgebungen der Karolinger tritt besonders das genannte Edictum Pistense hervor[1]), insbesondere wo es sich um das Schicksal der Franken handelt, die zur Zeit der Hungersnot sich in die Sklaverei verkauft haben (34). Die auf Grund einer Beratung mit den Bischöfen, weltlichen und kirchlichen Großen abgegebene Entscheidung will sie ohne jedes Entgelt von der Knechtschaft entbinden. Die Motivierung führt unter Hinweis darauf, daß die Lex Salica nichts Einschlägiges enthalte, annähernde Aussprüche aus den Kapitularien (Ansegis 3, 29) und aus dem Leviticus (25) auf und sagt dann weiter, daß in dem Gesetze, das die Vorgänger des Gesetzgebers und die hochberühmten Kaiser mit Bezug auf diejenigen gegeben haben, die ihre Kinder infolge von Hunger oder von sonstiger Not verkaufen, mehrere Kapitel sich finden, die indessen aufzuführen im allgemeinen nicht nötig sei. Unter den Vorschriften der Kaiser wird das römische Recht zu verstehen sein; denn eines aus der Zahl dieser Kapitel, dessen, wie es heißt, mit heiligen Regeln der Kirche besonders übereinstimmender Text

Usus est clementiae *princepalis* nicessitatem *provincialium* vel subiectorum sibi omnium populorum providi *sollecicius mente tractare*..: *quibus quantum plus fuerit* iustitiae adque integritatis *inpensum, tantum pronius amor divutionis incumbit.*	Boni *principis* cura vel prima vel maxima est quietem *provincialium* propitia *sollicitius mente tractare, quibus quanto plus fuerit* humanitatis *inpensum, tanto pronius amor devotionis incumbit.*

[1]) Auf eine Vorschrift des Breviars, und zwar auf den ersten Text (CTh. 1, 1, 1 Int.), der bei Berufung auf ein Gesetz Angabe des Datums, nach Tag und Konsul, als Vorbedingung seiner Berücksichtigung vorschreibt ('Quaecunque leges sine die et consule fuerint prolatae, non valeant'), nicht auf Julian, wie Savigny II 98 will, beziehe ich den Hinweis auf die Lex Romana in einem Capit. Tusiacense in Burgundiam directum (6) Karls des Kahlen v. J. 865 ('signatis ipsis praeceptis, sicut lex Romana praecipit, ad nostram praesentiam deferri faciunt' [Ed. Boretius II 330]).

wörtlich aufzuführen für notwendig befunden wird, ist ein Stück Interpretation aus dem Breviar (Nov. Val. 11 Int.).[1]) In Wahrheit eine Satzung mit einem von der getroffenen Entscheidung stark abweichenden Inhalt, wie auch der Gesetzgeber selbst nicht verhehlt, da sie sich nicht auf den Selbstverkauf freier Personen, sondern auf den Verkauf der Kinder bezieht und dem Käufer ein Recht auf Rückgabe des Preises, nebst Zuschlag, gewährt, und zu der doch auch die angeblich so verwandten kirchlichen Regeln nur eine entfernte Beziehung bieten.[2]) Der Fortsetzung der Interpretation, die von der Überführung und dem Verkauf der in Knechtschaft geratenen Personen in die Fremde handelt, wird in einem anderen Zusammenhange gedacht und zwar als eines in den alten Gesetzen gefundenen Dekrets, dessen Inhalt nunmehr, unter Zustimmung und auf Rat der Getreuen, Gesetz sein soll, mit der Modifikation, daß die Strafe von sechs Unzen Gold durch den Königsbann ersetzt wird.[3])

---

[1]) 'In lege etiam, quam praedecessores nostri et nominatissimi imperatores constituerunt de his, qui filios suos fame aut alia aliqua necessitate cogente vendunt, plura habentur capitula, quae hic omnia non necesse duximus ponere. Tamen illud capitulum, quod cum sanctis ecclesiasticis regulis ex maxima parte concordari invenimus, hic ponere necessarium duximus, in quo dicit'. Hierauf folgt die im Texte genannte Breviarstelle ('Ut quicumque ingenui filios suos ..'), von dem Schlußsatz (vgl. die folg. N. 3) abgesehen: unter Einschiebung der Worte 'quod et de ipsis liberis hominibus, qui se vendunt, observari volumus'. Die nicht aufgeführten Kapitel werden Texte, wie sie Syst. Brev. Alar. S. 317f. verzeichnet sind (CTh. 3, 3, 1 u. 5, 8, 1; P. 5, 1, 1), sein. — [2]) Nämlich Gregorius I. Registr. 4, 17 u. 9, 52, sowie 1. Joh. 3, 17. — [3]) 'Et quia hominum ingenia, qui Deum non timent, diabolo suadente multa mala excogitant, potest fieri, ut, qui tales homines liberos necessitate, ut diximus, cogente in servos suscipiunt, in alteras partes illos dispendant et vendant. Propterea una cum consensu et fidelium nostrorum consilio constituimus, quod in antiquis legibus decretum invenimus, ut, si huiusmodi personas aliqui aut ad extraneas gentes aut ad transmarina loca transferre aut venundare praesumpserint, ipse, qui hoc contra statuta praesumpserit, constitutionem regii banni componat.' Die Worte 'salva constitutione legis Romanae in eis, qui secundum illam vivunt', die, allein durch einen Zwischensatz getrennt, sich anschließen, können bedeuten, daß für die nach den römischen Gesetzen Lebenden die römische Strafe gelte.

In der Begründung der Satzung mit wenig passenden Exzerpten aus kirchlichen Dokumenten und aus Rechtsquellen, in der Bezeichnung der römischen Rechtsquelle als Antiquae leges und in der Zurichtung des Textes liegen bemerkenswerte Erscheinungen vor. Schwerlich sind hiermit die Beziehungen zu den römischen Rechtsquellen völlig erschöpft[1]): Text der Epitome Iuliani bildet einen Teil von Kapitularien.[2]) Doch bleibt es immer nur bei spärlichen Bezügen.[3.4])

---

[1]) Spätere Verbindung von Kapitularientext mit Text der römischen Rechtsquellen kommt an anderen Stellen zur Sprache. — [2]) Freilich ist hier nicht mehr zu nennen als dies, daß die in der Kapitulariensammlung des Ansegis (2, 20 u. 39) aufgenommenen Kapitel der Epitome Iuliani (4, 1 u. 2) vermutlich einem Kapitulare entstammen (Ed. MG. Capit. I 310 u. 311 [Nr. 153]). Es könnte sich freilich auch um ein Konzil handeln, und zwar, wie Ed. Werminghoff, MG. Concil. II 551 (Nr. 45) annimmt, ein Concil. Ingelheimense v. J. 826. — [3]) In dem an Karl den Großen gerichteten Responsum des Odilbert (Ed. MG. Capit. I 247 [Nr. 126]) heißt es mit Bezug auf den ersteren: qui vos sollicitudinem habentes orthodoxe fidei, magis prae ceteris omnibus qui ante vos christiani imperatores in universo mundo fuerunt devotione quique divino zelo commoti, id est Constantinus, Theodosius maior, Martianus et Iustinianus. Hi omnes, ut christianum populum ab omni erroris macula liberarent, divinutus inspirati quae Domini sacerdotes diffiniebant, illa tamen principalis auctoritas confirmabat. Hier werden somit die römischen Kaiser Konstantin, Theodosius der Große, Marcian und Justinian um ihres Eifers für die orthodoxe Lehre willen und als Vollstrecker dessen, was die Geistlichkeit befände, gepriesen. Gewiß kommen sie indessen für den Autor, der Karl über den Ritus der Taufe berät, nicht als weltliche Gesetzgeber in Betracht, sondern als Fürsten, unter deren Regierung die ökumenischen Konzile abgehalten wurden. — [4]) Weitere Anklänge und Beziehungen konstatiert Ed. Boretius I, 216[1]. 277[9]. 335[8] in einem Capit. Ital. Karls des Großen von zweifelhafter Echtheit, in einem Capit. eccles. a. 818 u. 819 Ludwigs des Frommen (c. 13), sowie in einem Capit. Ital. Lothars. Ein sonderbarer Sachverhalt liegt dann noch in dem a. a. O. I 145 (Nr. 58) als Responsa misso cuidam data abgedruckten Kapitular aus den Jahren 801—814 (?) vor. Es heißt dort (c. 2): de secundo unde me interrogasti, si comes de notitia solidum unum accipere deberet et scabinii sive cancellarius. Lege Romanam legem, et sicut ibi inveneris exinde facias; si autem ad Salicam pertinet legem et ibi minime repereris quid exinde facere debeas, ad placitum nostrum generale exinde interrogare facias. Man kann, wegen des Hinweises auf die Lex Salica, mit Boretius a. a. O., annehmen, daß die Kundgebung einem für Gallien bestimmten Missus galt. Das Auffallende ist nun aber,

Aus der Zahl der Ordnungen der älteren deutschen Kaiser ist, neben dem den Beschlüssen der Synode zu Pavia entsprechenden Gesetze Heinrichs I. (II.) v. J. 1022, das in einem anderen Zusammenhang zur Erörterung kommt, der zu Rimini gegebenen sogenannten Collectio de iuramento calumniae Heinrichs II. (III.) aus dem J. 1047 zu gedenken.[1,2]) Der Kaiser erklärt hier, daß gegenüber dem in den Leges ausgesprochenen Verbote der Eidesleistung durch Kleriker bei einigen Gesetzeskundigen, Legisperiti, angesichts einer anderen die Prozeßparteien in Person ununterschiedlich zum Kalumnieneid verpflichtenden Gesetzesnorm Zweifel darüber entstanden seien, ob im Prozesse die Kleriker von der Ableistung dieses Eides in Person entbunden sind, bezw. sich vertreten lassen können.[3]) Es handelt sich um das Verhältnis zweier Texte des Justinianischen Kodex, von denen der eine (1, 3, 25, 1 [b]) aussagt, daß nach den kirchlichen Regeln und dem von Alters

---

daß die fränkische Lex Romana, das Breviar, auf die Frage, ob Comes Scabini Cancellarius wegen einer Notitia eine Sportel von einem Solidus beanspruchen können, keine bejahende oder verneinende Antwort enthält: ja das Institut der Gerichtssporteln ist, wie dem ganzen Codex Theodosianus (vgl. Bethmann-Hollweg III 200), so auch dem Breviar gänzlich fremd. Zwar enthalten die Novellen (Epit. Iul.) und der Justinianische Kodex, insbesondere Tres libri Codicis, mehrere Verordnungen über Sporteln und Kanzleigebühren, doch keine, die, sei es auch in verneinendem Sinne, eine Parallele zu dem von dem Missus unterbreiteten Sachverhalt bietet. Indessen, wer darf behaupten, daß Karl wirklich eine solche Parallelstelle im Sinne gehabt hat? Erwägt man, daß der Gesetzgeber sogar hinsichtlich der so wenig umfangreichen Lex Salica unsicher ist, ob der Missus darin über seine Frage Belehrung schöpfen kann, so muß selbst als wahrscheinlich gelten, daß mit Bezug auf die Lex Romana das gleiche der Fall gewesen ist. Ich erkläre mir die auffallende Tatsache, daß Karl, statt eine Antwort zu geben, auf die Lex Salica und die Lex Romana verweist, aus dem Umstande, daß es ihm anläßlich der Anfrage hauptsächlich darum zu tun gewesen ist, sich grundsätzlich über Rechtsbefragung zu äußern.

[1]) Vgl. Savigny II 223—225. — [2]) Ed. MG. Constit. I (Nr. 50). — [3]) 'Quoniam legibus cautum est, ut nemo clericorum iurare praesumat, alibi vero reperitur scriptum, ut omnes principales personae in primo litis exordio subeant iuramentum calumpniae, nonnullis legis peritis res venit in dubium: utrum clerici ius iurandum praestare debeant, aut alii personae hoc offitium liceat delegare'.

In der Begründung der Satzung mit wenig passenden Exzerpten aus kirchlichen Dokumenten und aus Rechtsquellen, in der Bezeichnung der römischen Rechtsquelle als Antiquae leges und in der Zurichtung des Textes liegen bemerkenswerte Erscheinungen vor. Schwerlich sind hiermit die Beziehungen zu den römischen Rechtsquellen völlig erschöpft[1]): Text der Epitome Iuliani bildet einen Teil von Kapitularien.[2]) Doch bleibt es immer nur bei spärlichen Bezügen.[3,4])

---

[1]) Spätere Verbindung von Kapitularientext mit Text der römischen Rechtsquellen kommt an anderen Stellen zur Sprache. — [2]) Freilich ist hier nicht mehr zu nennen als dies, daß die in der Kapitulariensammlung des Ansegis (2, 20 u. 39) aufgenommenen Kapitel der Epitome Iuliani (4, 1 u. 2) vermutlich einem Kapitulare entstammen (Ed. MG. Capit. I 310 u. 311 [Nr. 153]). Es könnte sich freilich auch um ein Konzil handeln, und zwar, wie Ed. Werminghoff, MG. Concil. II 551 (Nr. 45) annimmt, ein Concil. Ingelheimense v. J. 826. — [3]) In dem an Karl den Großen gerichteten Responsum des Odilbert (Ed. MG. Capit. I 247 [Nr. 126]) heißt es mit Bezug auf den ersteren: qui vos sollicitudinem habentes orthodoxe fidei, magis prae ceteris omnibus qui ante vos christiani imperatores in universo mundo fuerunt devotione quique divino zelo commoti, id est Constantinus, Theodosius maior, Martianus et Iustinianus. Hi omnes, ut christianum populum ab omni erroris macula liberarent, divinutus inspirati quae Domini sacerdotes diffiniebant, illa tamen principalis auctoritas confirmabat. Hier werden somit die römischen Kaiser Konstantin, Theodosius der Große, Marcian und Justinian um ihres Eifers für die orthodoxe Lehre willen und als Vollstrecker dessen, was die Geistlichkeit befände, gepriesen. Gewiß kommen sie indessen für den Autor, der Karl über den Ritus der Taufe berät, nicht als weltliche Gesetzgeber in Betracht, sondern als Fürsten, unter deren Regierung die ökumenischen Konzile abgehalten wurden. — [4]) Weitere Anklänge und Beziehungen konstatiert Ed. Boretius I, 216[1]. 277[3]. 335[3] in einem Capit. Ital. Karls des Großen von zweifelhafter Echtheit, in einem Capit. eccles. a. 818 u. 819 Ludwigs des Frommen (c. 13), sowie in einem Capit. Ital. Lothars. Ein sonderbarer Sachverhalt liegt dann noch in dem a. a. O. I 145 (Nr. 58) als Responsa misso cuidam data abgedruckten Kapitular aus den Jahren 801—814 (?) vor. Es heißt dort (c. 2): de secundo unde me interrogasti, si comes de notitia solidum unum accipere deberet et scabinii sive cancellarius. Lege Romanam legem, et sicut ibi inveneris exinde facias; si autem ad Salicam pertinet legem et ibi minime repereris quid exinde facere debeas, ad placitum nostrum generale exinde interrogare facias. Man kann, wegen des Hinweises auf die Lex Salica, mit Boretius a. a. O., annehmen, daß die Kundgebung einem für Gallien bestimmten Missus galt. Das Auffallende ist nun aber,

Aus der Zahl der Ordnungen der älteren deutschen Kaiser ist, neben dem den Beschlüssen der Synode zu Pavia entsprechenden Gesetze Heinrichs I. (II.) v. J. 1022, das in einem anderen Zusammenhang zur Erörterung kommt, der zu Rimini gegebenen sogenannten Collectio de iuramento calumniae Heinrichs II. (III.) aus dem J. 1047 zu gedenken.[1,2]) Der Kaiser erklärt hier, daß gegenüber dem in den Leges ausgesprochenen Verbote der Eidesleistung durch Kleriker bei einigen Gesetzeskundigen, Legisperiti, angesichts einer anderen die Prozeßparteien in Person ununterschiedlich zum Kalumnieneid verpflichtenden Gesetzesnorm Zweifel darüber entstanden seien, ob im Prozesse die Kleriker von der Ableistung dieses Eides in Person entbunden sind, bezw. sich vertreten lassen können.[3]) Es handelt sich um das Verhältnis zweier Texte des Justinianischen Kodex, von denen der eine (1, 3, 25, 1[b]) aussagt, daß nach den kirchlichen Regeln und dem von Alters

---

daß die fränkische Lex Romana, das Breviar, auf die Frage, ob Comes Scabini Cancellarius wegen einer Notitia eine Sportel von einem Solidus beanspruchen können, keine bejahende oder verneinende Antwort enthält: ja das Institut der Gerichtssporteln ist, wie dem ganzen Codex Theodosianus (vgl. Bethmann-Hollweg III 200), so auch dem Breviar gänzlich fremd. Zwar enthalten die Novellen (Epit. Iul.) und der Justinianische Kodex, insbesondere Tres libri Codicis, mehrere Verordnungen über Sporteln und Kanzleigebühren, doch keine, die, sei es auch in verneinendem Sinne, eine Parallele zu dem von dem Missus unterbreiteten Sachverhalt bietet. Indessen, wer darf behaupten, daß Karl wirklich eine solche Parallelstelle im Sinne gehabt hat? Erwägt man, daß der Gesetzgeber sogar hinsichtlich der so wenig umfangreichen Lex Salica unsicher ist, ob der Missus darin über seine Frage Belehrung schöpfen kann, so muß selbst als wahrscheinlich gelten, daß mit Bezug auf die Lex Romana das gleiche der Fall gewesen ist. Ich erkläre mir die auffallende Tatsache, daß Karl, statt eine Antwort zu geben, auf die Lex Salica und die Lex Romana verweist, aus dem Umstande, daß es ihm anläßlich der Anfrage hauptsächlich darum zu tun gewesen ist, sich grundsätzlich über Rechtsbefragung zu äußern.

¹) Vgl. Savigny II 223—225. — ²) Ed. MG. Constit. I (Nr. 50). — ³) 'Quoniam legibus cautum est, ut nemo clericorum iurare praesumat, alibi vero reperitur scriptum, ut omnes principales personae in primo litis exordio subeant iuramentum calumpniae, nonnullis legis peritis res venit in dubium: utrum clerici ius iurandum praestare debeant, aut alii personae hoc offitium liceat delegare'.

von den Bischöfen festgesetzten Kanon die Kleriker nicht schwören dürfen (ecclesiasticis regulis et canone a beatissimis episcopis antiquitus instituto clerici iurare prohibentur), während der andere (2, 58, 2 pr.) ohne Statuierung einer Ausnahme den Prozeßparteien in Person den Kalumnieneid auferlegt.[1]) Die genannten Gesetzeskundigen motivieren dann ihre Zweifel mit der Erwägung, ob sich die das Verbot der Eidesleistung sanktionierende Konstitution, Constitutionis edictum, nicht ausschließlich auf den Klerus Konstantinopels beziehe und darum auf weitere Kleriker unanwendbar sei[2]): sie wird nämlich, statt als von Marcian an Constantinus, Praefectus praetorio, als von Theodosius an den prätorischen Präfekten Taurus gerichtet bezeichnet, eine Annahme, die sich auf die falsche Inskription gründet, die die Konstitution in der offenbar vom Gesetzgeber benutzten Epitome Codicis besitzt.[3]) Der Kaiser lehnt ausdrücklich eine beschränkende Interpretation der Konstitution des 'göttlichen' Theodosius ab[4]) und erachtet angesichts des in den Kanonen der Väter ausgesprochenen Verbots der Eidesleistung von seiten der Kleriker einerseits, der vom 'göttlichen' Justinian ausgesprochenen Gleichstellung von Kanonen und Gesetzen andererseits die Entbindung des Klerus für schicklich.[5])

---

[1]) Es ist in der Tat der genannte Kodextext, nicht Epit. Iul. CXXII,1: 'in primo exordio', wie es im Gesetze (vgl. S. 25 N. 3) heißt, steht auch in alten Handschriften des Cod. Iust. (vgl. Ed. Krüger ad h. l.). — [2]) Den S. 25 N. 3 aa. Worten schließt sich das Folgende an: quia enim illud constitutionis edictum, ubi clerici iurare prohibentur, a Theodosio augusto Tauro praefecto praetorio de Constantinopolitanis clericis promulgatum fuisse videtur, idcirco ad alios clericos pertinere non creditur. — [3]) Die Inskription, die aus l. 20 stammt, findet sich in Cod. Pistor. ältester Hand, der ältesten auf uns gekommenen Handschrift der Epitome Codicis (vgl. Ed. Krüger ad h. l. [p. 25]). Die Ersetzung der Worte 'a Theodosio augusto Tauro' durch die authentischen Namen des Kaisers und seines Adressaten (Marcian und Constantin) in der S. 25 N. 2 a. Ausgabe läßt sich auch nicht durch den Umstand rechtfertigen, daß sie sich bereits in jüngeren Handschriften des Gesetzes Heinrichs II. (III.) findet. — [4]) 'Ut ergo ista dubietas ab omnibus penitus auferatur nos illam divi Theodosii constitutionem ita interpretari decrevimus, ut ad omnium ecclesiarum clericos generaliter pertinere iudicetur.' — [5]) 'Nam cum divus Iustinianus iure decreverit, ut canones patrum vim legum habere oporteat, et in nonnullis patrum canonibus

Zweites Kapitel. **Klerus.**

Im folgenden werden Belege für die Benutzung der großen Kodifikationen römischen Rechts, der westgotisch-römischen und der Justinianischen, in der kirchlichen Gesetzgebung und in Schriften von Personen geistlichen Standes aufgeführt. Dabei ist in Betracht zu ziehen, daß, von den Zeiträumen abgesehen, die das frühere Mittelalter gegen das Altertum einerseits, die späteren Jahrhunderte des Mittelalters andererseits abgrenzen, in diesen Zeitläuften der literarische Betrieb vorwiegend in den Händen von Klerikern und Mönchen gelegen war. Wenn sodann Literaturprodukte, denen der Charakter juristischer Schriften zukommt, von der Erörterung dieses Kapitels ausgeschlossen und einer anderen Stelle vorbehalten werden sollten (vgl. sechster bis achter Abschnitt), so ist dabei im Auge zu behalten, daß die durch diese Scheidung erforderliche Teilung in Schriften, die diesen Charakter tragen, und in Kundgebungen, bei denen es nicht der Fall ist, sich nicht scharf durchführen ließ, wie dabei auch zuweilen aus ⟨anderen⟩ Rücksichten von dem genannten Teilungsprinzip abgesehen worden ist. Die Belege, die auch die von Savigny[1]) gesammelten einschließen, reichen von der Zeit der Kodifikationen bis in den Beginn des zwölften Jahrhunderts und werden im allgemeinen nach chronologischer Ordnung, die nur zuweilen zugunsten eines inhaltlichen Gesichtspunktes preisgegeben worden ist, aufgeführt.

1. Eine Bezugnahme auf den Justinianischen Kodex findet sich nicht lange nach Beendigung der Kodifikation bei Facundus, dem Bischof von Hermiane, in der afrikanischen Provinz Byzacena, in seiner Schrift Pro defensione trium capitulorum[2]): von den in Bezug genommenen Texten,

---

reperiatur, ut clerici iurare non audeant, dignum est, ut totus clericalis ordo a praestando iuramento immunis esse procul dubio censeatur'. Der in Bezug genommene Text des Justinian ist Epit. Iul. 6, 1 (nicht 119, 1, wie Savigny II 225 N. e will).

[1]) II 274—286. — [2]) Nach Hefele II 804 u. 797 ist sie bald nach dem 11. April 548 abgefaßt. Übereinstimmend in der Datierung Realenzykl. f. prot. Theol.[3] V 733.

Stellen des ersten Titels[1]), wird die eine, eine griechische Konstitution (l. 7), in lateinischer Übersetzung wiedergegeben.[2, 3])

---

[1]) Neben der im Texte genannten noch l. 6 (I 1 u. II 2, Ed. Sirmond Opp. II 299 u. 325). — [2]) Es wird mit dem Principium und zwar wie folgt begonnen: titulus sub quo continetur, iste est de summa trinitate et fide catholica, et ut nemo de ea contendere audeat, principium vero. Den sich anschließenden Text des Principium, auf den §§ 17 u. 18 folgen, lasse ich, nebst der Ed. Krüger, Corp. iur. civ. (1880) II 8 u. 10, zur Rechten, folgen.

Imperator Justinianus Augustus Epiphanio sanctissimo ac beatissimo archiepiscopo regiae urbis huius et universali patriarchae. Scire volentes tuam sanctitatem omnia quae ad ecclesiasticum statum respiciunt (pr.). — Eadem vero sancta Calchedonensis synodus et magni Procli ad Armenios scriptam epistolam de eo, quod oportet dicere dominum Jesum Christum filium dei et deum nostrum unum sanctae trinitatis per suam relationem suscepit et confirmavit (17). si enim praedictas sanctas quatuor synodos egrediamur aut ab his disposita, damus facultatem haereticis qui depositi ab iis sunt et eorum dogmatibus, suam pestilentiam iterum in sanctas dei ecclesias ostentare (18).

Idem A. Epiphanio sanctissimo et beatissimo archiepiscopo huius regiae urbis et oecumenico patriarchae. Edocere volentes sanctitatem tuam omnia quae ad ecclesiarum statum respiciunt (pr.). — Eadem autem sancta Chalcedonensis synodus et magni Procli litteras ad Armenias scriptas de eo, quod dominum nostrum Jesum Christum filium dei et deum nostrum unum ex sancta trinitate dici oporteat relatione sua recepit et confirmavit (17). dicta quattuor concilia vel quae ab iis statuta sunt si praetermittimus, licentiam damus haereticis eorumque doctrinis ab isdem oppressis pestem suam in sanctas dei ecclesias rursus inducendi (18).

Auf CJ. 1, 1, 7, 17 mag wohl auch eine Äußerung in dem an Justinian gerichteten Constitutum Vigilii papae de tribus capitulis ('in relatione, quam eadem [chalcedonensis] veneranda synodus piae memoriae Marciano tunc imperatori transmisit, quam vos quoque vestris legibus . . ad testimonium laudabiliter adduxistis' [Ed. Mansi IX 94]) Bezug nehmen, wie A. Gaudenzi, Sui rapporti tra l'Italia e l'impero d'oriente p. 211[1] (p. 212) annimmt. — [3]) Auch eine andere den Kodifikator perorierende Erörterung der Schrift (II 1), 'verum nos illa scripta nolumus tua dici, quae scimus cognitae nobis tuae fidei contraria. Nam si legibus vestris bene atque utiliter censuistis, ut quaecunque vestra rescripta, contra ipsas quas promulgastis leges, in quibus vobis deservitur, et quas vobis infringere licet, per subreptionem fuerint elicita, vacuentur nec dicantur a vobis data, quae generalibus constitutionibus vestris inveniuntur adversa', wird Texte des Kodex (etwa 1, 22, 6; vgl. die Texte S. 29 N. 1 sub Nr. 5) im Auge haben.

Eine weitere Verwertung des Justinianischen Rechts unter der Regierung des Kodifikators ist in den Briefen des Papstes Pelagius I. (555—560) nachweisbar: kaum ein anderer Papst, etwa von Gelasius (492—496) und Gregor dem Großen abgesehen, ist so fruchtbar an Aussprüchen, die sich auf die Gesetze des römischen Rechts berufen, ohne daß es freilich überall gelingen will, einen bestimmten Text mit Sicherheit als den in Bezug genommenen zu erweisen.[1])

[1]) Ich hebe folgendes hervor. 1. Ein Brief, C. XI q. 1 c. 16 (J. 965) enthält eine Berufung auf die Regel, Regula, daß der Kläger am Wohnsitze des Verklagten klagen müsse ('actorem forum semper sequi pulsati'), sowie eine Bezugnahme auf die kaiserlichen Gesetze ('sanctiones principales') des Inhalts, daß Kleriker vor dem bischöflichen Richter ihren Gerichtsstand haben ('clericis vero pulsatis in episcopali iudicio forum conpetere') (Nov. 83 Praef. pr. u. 123, 21) (vgl. auch C. XI q. 1 c. 15 [J. 964]). — 2. Auf einen Novellentext (131, 13) bezieht sich der Ausspruch der Epist. Pelag. 13 der Coll. Brit. (J. 985), es sei durch gesetzliche Normen verboten, daß der Pontifex dasjenige veräußere, was zur Zeit des Episkopats erworben werde ('pontificem episcopatus adquisita temporibus alienate legalibus sit prohibitum statutis'). — 3. In einem anderen Briefe der genannten Sammlung (70 [71]) (J. 966) findet sich der folgende Satz: (licet) nec legum vel canonum ratio patiatur, aecclesiastica vasa privatis utilitatibus excepto captivorum redemptionibus usurpari vel quibuslibet oppignorari. Justinian hat in seiner Konstitution v. J. 529 (C. 1, 2, 21) Veräußerung, Verkauf und Verpfändung der Kirchengeräte verboten und zugleich für den Zweck der Auslösung von Gefangenen eine Ausnahme zugelassen: dieser Satz, der Nov. 7, 8 u. Nov. 120, 10 wiederholt ist, wird von den Institutionen in einer dem päpstlichen Briefe nahekommenden Formulierung zusammengefaßt (2, 1, 8 'alienari et obligari prohibuimus excepta causa redemptionis captivorum'); somit wird man bei den Leges eine Bezugnahme auf die Justinianischen Gesetze für sicher halten dürfen. — 4. Ein an den Patrizier Cethegus gerichteter Brief, Dist. 28 c. 13 (J. 992) spricht von der Principalis constitutio, die verbiete, daß Personen, die Ehefrau und Kinder haben, zum Ordo des Episkopats aufsteigen (Nov. 6, 1, 3 u. Nov. 123, 1). — 5. Ein an den Comes Iohannes gerichteter Brief, C. XXV q. 2 c. 16 (J. 1033), enthält eine Berufung auf Gesetze ('generales leges') des Kaisers ('clementissimus princeps') des Inhalts, daß nur diejenigen auf Betreiben des Bittstellers erlassenen Reskripte Geltung besitzen, die mit 'iuris et legum ratio' übereinstimmen, während erschlichene Erlasse kraftlos seien ('dicenti, sacras iussiones se habere pre manibus, respondimus scire illum oportere, quod ipse clementissimus princeps generalibus legibus constituerit, illa sacra uniuscuiusque supplicantis desiderio concessa prevalere et effectui mancipari, que

Diesen Belegen kommt um deswillen eine besondere Bedeutung zu, weil sie, soweit eine sichere Datierung möglich ist, die ältesten Bezeugungen einer Benutzung der Justinianischen Kodifikation im Okzidente darstellen.

Schon mit dem Beginn und in der ersten Hälfte des

---

cum iuris et legum ratione concordant; ea vero, que subreptione vel falsis precibus forsitan inpetrantur, nullum remedium supplicantibus ferre'). Dieser Satz, nur in veränderter Fassung, wird als kaiserliches Gesetz in einem an den Magister militum Sindulus gerichteten Brief wiederholt ('nulli qui in precibus suis deprehenditur esse mentitus ea sacra prodesse quae meruit' Ivo Decr. 8, 67 [J. 1031]). Es geschieht dies mit Bezug auf einen gewissen Montanianus, der sich fälschlich als eheliches Kind des kinderlos verstorbenen Erblassers ausgibt. Ihm, dem Kinde einer Sklavin, nützen die Principalia sacra nichts: vielmehr sollen die Söhne des vorverstorbenen Bruders in das Vermögen sukzedieren. Welche unter verschiedenen Konstitutionen des Kodex (vgl. etwa 1, 22, 2. 4—6; 1, 23, 7; 1, 19, 7) dem Papste vorschwebt, ist zweifelhaft, nicht hingegen, daß er Kodexstellen, wie diese, unter denen indessen keine einzige von Justinian selbst herrührt, im Auge hat. In beiden Briefen ist angedeutet, daß der Kaiser ('princeps'), auf den jene Satzungen zurückgeführt werden, in dem anhängigen Rechtsstreite zugleich reskribiert habe. — 6. C. XXIII q. 5 c. 44 (J. 1024): et divinae et humanae leges statuerunt, ut ab ecclesiae unitate divisi et eius pacem iniquissime perturbantes a saecularibus etiam potestatibus conprimantur. Der Kodex enthält einen Titel 'De haereticis et Manichaeis' (1, 5). — 7. Epist. Pelag. 58 der Coll. Brit. (J. 1030). Eine Partei beruft sich auf 'legalia cauta que suspectum permittunt declinari iudicium' (C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, 1 u. 4 pr.; Nov. 96, 2). — 8. Einige Schwierigkeit macht die Feststellung der Quelle in einem weiteren Briefe der Coll. Brit. (Pelag. Epist. 18 [J. 990]). Es heißt von einer Frau: quia subito inter caballos inventa est, et dum traherentur caballi collisa est illa et aborsum fecit. Entscheidung: si ita est forte, si caballos alienos tulit, inde est culpabilis; nam de muliere, quae casu inter caballos confracta est, ubi voluntas illius non agnoscitur perniciosa fuisse, non potest addici per leges. Damit ist gesagt, in der Sprache der Zeit (addici = condemnari), daß der Führer des Gefährtes, wo die Frau zu Schaden gekommen ist, nach den Gesetzen nicht verurteilt werden dürfe, weil ihn keine (Aquilische) Schuld treffe, dagegen für etwaigen Diebstahl der Pferde haftbar sei. Dem Rechtsfalle geht der folgende voraus: chartae, quas dedit nobis Lucidius, si illo tempore adversarius ipsius illic praesens fuisset, validae essent; sed quia adversario absente gesta, quae nobis recensuit, facta leguntur; talia leges non recipiunt. Der Satz hat bei Gratian (C. III q. 9 c. 19) die Überschrift 'reo absente libellus accusationis frustra offertur'.

sechsten Jahrhunderts tritt in gallischen Konzilienschlüssen eine Verwendung der römischen Rechtsquellen zutage[1]), indessen ohne daß sich entscheiden läßt, ob es die voralaricianischen, insbesondere der Codex Theodosianus oder das Breviar sind.[2]) In den Akten des Konzils von Tours v. J. 567[3]) wird Text aus dem Breviar, der als Lex Romana bezeichnet ist, zitiert und die Interpretation als die jedermann, Gelehrten wie Ungelehrten, verständliche Erläuterung des Gesetzestextes bezeichnet[4]): nicht weniger als Aussprüche

---

[1]) Fast an Sicherheit grenzt, im Hinblick auf die Zeit der Erwähnung, die Annahme, daß Conc. Aurel. a. 511 (c. 1) mit dem Hinweis auf die Lex Romana den Cod. Theod. (9, 45, 4) im Auge hat. Der Text lautet (MG. Conc. I 2. u. 3): de homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, id constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit: ut ab ecclesiae atriis vel domum ecclesiae vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat. Hieran schließt sich das Folgende: sed nec aliter consignari, nisi ad evangelia datis sacramentis de morte, de debilitate, et omni poenarum genere sint securi, ita ut ei, cui reus fuerit, criminosus de satisfactione conveniat. Heißt es in Conc. Aurel. a. 549 (c. 22) (a. a. O. p. 107): 'De servis vero, qui pro qualibet culpa ad ecclesiae septa confugerint, id statuimus observandum, ut, sicut in antiquis constitutionibus tenetur scriptum, pro concessa culpa datis a domino sacramentis, quisque ille fuerit, egrediatur de venia iam securus', so werden unter den alten Konstitutionen alte Konzilienschlüsse zu verstehen sein (vgl. z. B. die Einleitung zum Conc. Epaon., MG. Conc. I 19 und den Index verb. et rerum a. a. O. II s. v. Constitutio), wie der soeben genannte und Schlüsse des Conc. Araus. (c. 3) a. 411 und Arel. (c. 30), zwischen 442 u. 506. Ein römisches Kaisergesetz, das dem in das kirchliche Asyl geflüchteten Sklaven den Schutz mittels Eidesleistung des Herrn garantiert, ist kein anderes als eine in Cod. Just. (1, 12, 6) überlieferte Konstitution (§ 9) v. J. 466: daß dieses im Jahre 549 in Orleans benutzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. — [2]) Die Worte 'Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur' (p. 63) in Conc. Aurel. (c. 11), a. 533 klingen stark an die Interpretation des Breviars an (P. 2, 20, 4): Si qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia aut furor accesserit, ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt). Worte in Conc. Aurel. (c. 7), a. 549, 'Huiusmodi quoque libertas si a quocumque pulsata fuerit, cum iustitia ab ecclesiis defendatur, praeter eas culpas, pro quibus legis conlatas servis revocari iusserunt libertates' (p. 103) gründen sich auf eine Konstitution des CTh. (4, 10, 1), die auch dem Breviar (eod. l.) angehört. — [3]) MG. Conc. I 121 sq. — [4]) Es heißt (c. 22) unter Zitierung

Diesen Belegen kommt um deswillen eine besondere Bedeutung zu, weil sie, soweit eine sichere Datierung möglich ist, die ältesten Bezeugungen einer Benutzung der Justinianischen Kodifikation im Okzidente darstellen.

Schon mit dem Beginn und in der ersten Hälfte des

---

cum iuris et legum ratione concordant; ea vero, que subreptione vel falsis precibus forsitan inpetrantur, nullum remedium supplicantibus ferre'). Dieser Satz, nur in veränderter Fassung, wird als kaiserliches Gesetz in einem an den Magister militum Sindulus gerichteten Brief wiederholt ('nulli qui in precibus suis deprehenditur esse mentitus ea sacra prodesse quae meruit' Ivo Decr. 8, 67 [J. 1031]). Es geschieht dies mit Bezug auf einen gewissen Montanianus, der sich fälschlich als eheliches Kind des kinderlos verstorbenen Erblassers ausgibt. Ihm, dem Kinde einer Sklavin, nützen die Principalia sacra nichts: vielmehr sollen die Söhne des vorverstorbenen Bruders in das Vermögen sukzedieren. Welche unter verschiedenen Konstitutionen des Kodex (vgl. etwa 1, 22, 2. 4—6; 1, 23, 7; 1, 19, 7) dem Papste vorschwebt, ist zweifelhaft, nicht hingegen, daß er Kodexstellen, wie diese, unter denen indessen keine einzige von Justinian selbst herrührt, im Auge hat. In beiden Briefen ist angedeutet, daß der Kaiser ('princeps'), auf den jene Satzungen zurückgeführt werden, in dem anhängigen Rechtsstreite zugleich reskribiert habe. — 6. C. XXIII q. 5 c. 44 (J. 1024): et divinae et humanae leges statuerunt, ut ab ecclesiae unitate divisi et eius pacem iniquissime perturbantes a saecularibus etiam potestatibus conprimantur. Der Kodex enthält einen Titel 'De haereticis et Manichaeis' (1, 5). — 7. Epist. Pelag. 58 der Coll. Brit. (J. 1030). Eine Partei beruft sich auf 'legalia cauta que suspectum permittunt declinari iudicium' (C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, 1 u. 4 pr.; Nov. 96, 2). — 8. Einige Schwierigkeit macht die Feststellung der Quelle in einem weiteren Briefe der Coll. Brit. (Pelag. Epist. 18 [J. 990]). Es heißt von einer Frau: quia subito inter caballos inventa est, et dum traherentur caballi collisa est illa et aborsum fecit. Entscheidung: si ita est forte, si caballos alienos tulit, inde est culpabilis; nam de muliere, quae casu inter caballos confracta est, ubi voluntas illius non agnoscitur perniciosa fuisse, non potest addici per leges. Damit ist gesagt, in der Sprache der Zeit (addici = condemnari), daß der Führer des Gefährtes, wo die Frau zu Schaden gekommen ist, nach den Gesetzen nicht verurteilt werden dürfe, weil ihn keine (Aquilische) Schuld treffe, dagegen für etwaigen Diebstahl der Pferde haftbar sei. Dem Rechtsfalle geht der folgende voraus: chartae, quas dedit nobis Lucidius, si illo tempore adversarius ipsius illic praesens fuisset, validae essent; sed quia adversario absente gesta, quae nobis recensuit, facta leguntur; talia leges non recipiunt. Der Satz hat bei Gratian (C. III q. 9 c. 19) die Überschrift 'reo absente libellus accusationis frustra offertur'.

sechsten Jahrhunderts tritt in gallischen Konzilienschlüssen eine Verwendung der römischen Rechtsquellen zutage[1]), indessen ohne daß sich entscheiden läßt, ob es die voralaricianischen, insbesondere der Codex Theodosianus oder das Breviar sind.[2]) In den Akten des Konzils von Tours v. J. 567[3]) wird Text aus dem Breviar, der als Lex Romana bezeichnet ist, zitiert und die Interpretation als die jedermann, Gelehrten wie Ungelehrten, verständliche Erläuterung des Gesetzestextes bezeichnet[4]): nicht weniger als Aussprüche

---

[1]) Fast an Sicherheit grenzt, im Hinblick auf die Zeit der Erwähnung, die Annahme, daß Conc. Aurel. a. 511 (c. 1) mit dem Hinweis auf die Lex Romana den Cod. Theod. (9, 45, 4) im Auge hat. Der Text lautet (MG. Conc. I 2. u. 3): de homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, id constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit: ut ab ecclesiae atriis vel domum ecclesiae vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat. Hieran schließt sich das Folgende: sed nec aliter consignari, nisi ad evangelia datis sacramentis de morte, de debilitate, et omni poenarum genere sint securi, ita ut ei, cui reus fuerit, criminosus de satisfactione conveniat. Heißt es in Conc. Aurel. a. 549 (c. 22) (a. a. O. p. 107): 'De servis vero, qui pro qualibet culpa ad ecclesiae septa confugerint, id statuimus observandum, ut, sicut in antiquis constitutionibus tenetur scriptum, pro concessa culpa datis a domino sacramentis, quisque ille fuerit, egrediatur de venia iam securus', so werden unter den alten Konstitutionen alte Konzilienschlüsse zu verstehen sein (vgl. z. B. die Einleitung zum Conc. Epaon., MG. Conc. I 19 und den Index verb. et rerum a. a. O. II s. v. Constitutio), wie der soeben genannte und Schlüsse des Conc. Araus. (c. 3) a. 411 und Arel. (c. 30), zwischen 442 u. 506. Ein römisches Kaisergesetz, das dem in das kirchliche Asyl geflüchteten Sklaven den Schutz mittels Eidesleistung des Herrn garantiert, ist kein anderes als eine in Cod. Just. (1, 12, 6) überlieferte Konstitution (§ 9) v. J. 466: daß dieses im Jahre 549 in Orleans benutzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. — [2]) Die Worte 'Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur' (p. 63) in Conc. Aurel. (c. 11), a. 533 klingen stark an die Interpretation des Breviars an (P. 2, 20, 4): Si qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia aut furor accesserit, ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt). Worte in Conc. Aurel. (c. 7), a. 549, 'Huiusmodi quoque libertas si a quocumque pulsata fuerit, cum iustitia ab ecclesiis defendatur, praeter eas culpas, pro quibus legis conlatas servis revocari iusserunt libertates' (p. 103) gründen sich auf eine Konstitution des CTh. (4, 10, 1), die auch dem Breviar (eod. l.) angehört. — [3]) MG. Conc. I 121 sq. — [4]) Es heißt (c. 22) unter Zitierung

Diesen Belegen kommt um deswillen eine besondere Bedeutung zu, weil sie, soweit eine sichere Datierung möglich ist, die ältesten Bezeugungen einer Benutzung der Justinianischen Kodifikation im Okzidente darstellen.

Schon mit dem Beginn und in der ersten Hälfte des

---

cum iuris et legum ratione concordant; ea vero, que subreptione vel falsis precibus forsitan inpetrantur, nullum remedium supplicantibus ferre'). Dieser Satz, nur in veränderter Fassung, wird als kaiserliches Gesetz in einem an den Magister militum Sindulus gerichteten Brief wiederholt ('nulli qui in precibus suis deprehenditur esse mentitus ea sacra prodesse quae meruit' Ivo Decr. 8, 67 [J. 1031]). Es geschieht dies mit Bezug auf einen gewissen Montanianus, der sich fälschlich als eheliches Kind des kinderlos verstorbenen Erblassers ausgibt. Ihm, dem Kinde einer Sklavin, nützen die Principalia sacra nichts: vielmehr sollen die Söhne des vorverstorbenen Bruders in das Vermögen sukzedieren. Welche unter verschiedenen Konstitutionen des Kodex (vgl. etwa 1, 22, 2. 4—6; 1, 23, 7; 1, 19, 7) dem Papste vorschwebt, ist zweifelhaft, nicht hingegen, daß er Kodexstellen, wie diese, unter denen indessen keine einzige von Justinian selbst herrührt, im Auge hat. In beiden Briefen ist angedeutet, daß der Kaiser ('princeps'), auf den jene Satzungen zurückgeführt werden, in dem anhängigen Rechtsstreite zugleich reskribiert habe. — 6. C. XXIII q. 5 c. 44 (J. 1024): et divinae et humanae leges statuerunt, ut ab ecclesiae unitate divisi et eius pacem iniquissime perturbantes a saecularibus etiam potestatibus conprimantur. Der Kodex enthält einen Titel 'De haereticis et Manichaeis' (1, 5). — 7. Epist. Pelag. 58 der Coll. Brit. (J. 1030). Eine Partei beruft sich auf 'legalia cauta que suspectum permittunt declinari iudicium' (C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, 1 u. 4 pr.; Nov. 96, 2). — 8. Einige Schwierigkeit macht die Feststellung der Quelle in einem weiteren Briefe der Coll. Brit. (Pelag. Epist. 18 [J. 990]). Es heißt von einer Frau: quia subito inter caballos inventa est, et dum traherentur caballi collisa est illa et aborsum fecit. Entscheidung: si ita est forte, si caballos alienos tulit, inde est culpabilis; nam de muliere, quae casu inter caballos confracta est, ubi voluntas illius non agnoscitur perniciosa fuisse, non potest addici per leges. Damit ist gesagt, in der Sprache der Zeit (addici = condemnari), daß der Führer des Gefährtes, wo die Frau zu Schaden gekommen ist, nach den Gesetzen nicht verurteilt werden dürfe, weil ihn keine (Aquilische) Schuld treffe, dagegen für etwaigen Diebstahl der Pferde haftbar sei. Dem Rechtsfalle geht der folgende voraus: chartae, quas dedit nobis Lucidius, si illo tempore adversarius ipsius illic praesens fuisset, validae essent; sed quia adversario absente gesta, quae nobis recensuit, facta leguntur; talia leges non recipiunt. Der Satz hat bei Gratian (C. III q. 9 c. 19) die Überschrift 'reo absente libellus accusationis frustra offertur'.

sechsten Jahrhunderts tritt in gallischen Konzilienschlüssen eine Verwendung der römischen Rechtsquellen zutage[1]), indessen ohne daß sich entscheiden läßt, ob es die voralaricianischen, insbesondere der Codex Theodosianus oder das Breviar sind.[2]) In den Akten des Konzils von Tours v. J. 567[3]) wird Text aus dem Breviar, der als Lex Romana bezeichnet ist, zitiert und die Interpretation als die jedermann, Gelehrten wie Ungelehrten, verständliche Erläuterung des Gesetzestextes bezeichnet[4]): nicht weniger als Aussprüche

---

[1]) Fast an Sicherheit grenzt, im Hinblick auf die Zeit der Erwähnung, die Annahme, daß Conc. Aurel. a. 511 (c. 1) mit dem Hinweis auf die Lex Romana den Cod. Theod. (9, 45, 4) im Auge hat. Der Text lautet (MG. Conc. I 2. u. 3): de homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, id constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit: ut ab ecclesiae atriis vel domum ecclesiae vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat. Hieran schließt sich das Folgende: sed nec aliter consignari, nisi ad evangelia datis sacramentis de morte, de debilitate, et omni poenarum genere sint securi, ita ut ei, cui reus fuerit, criminosus de satisfactione conveniat. Heißt es in Conc. Aurel. a. 549 (c. 22) (a. a. O. p. 107): 'De servis vero, qui pro qualibet culpa ad ecclesiae septa confugerint, id statuimus observandum, ut, sicut in antiquis constitutionibus tenetur scriptum, pro concessa culpa datis a domino sacramentis, quisque ille fuerit, egrediatur de venia iam securus', so werden unter den alten Konstitutionen alte Konzilienschlüsse zu verstehen sein (vgl. z. B. die Einleitung zum Conc. Epaon., MG. Conc. I 19 und den Index verb. et rerum a. a. O. II s. v. Constitutio), wie der soeben genannte und Schlüsse des Conc. Araus. (c. 3) a. 411 und Arel. (c. 30), zwischen 442 u. 506. Ein römisches Kaisergesetz, das dem in das kirchliche Asyl geflüchteten Sklaven den Schutz mittels Eidesleistung des Herrn garantiert, ist kein anderes als eine in Cod. Just. (1, 12, 6) überlieferte Konstitution (§ 9) v. J. 466: daß dieses im Jahre 549 in Orleans benutzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. — [2]) Die Worte 'Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur' (p. 63) in Conc. Aurel. (c. 11), a. 533 klingen stark an die Interpretation des Breviars an (P. 2, 20, 4): Si qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia aut furor accesserit, ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt). Worte in Conc. Aurel. (c. 7), a. 549, 'Huiusmodi quoque libertas si a quocumque pulsata fuerit, cum iustitia ab ecclesiis defendatur, praeter eas culpas, pro quibus legis conlatas servis revocari iusserunt libertates' (p. 103) gründen sich auf eine Konstitution des CTh. (4, 10, 1), die auch dem Breviar (eod. l.) angehört. — [3]) MG. Conc. I 121 sq. — [4]) Es heißt (c. 22) unter Zitierung

Diesen Belegen kommt um deswillen eine besondere Bedeutung zu, weil sie, soweit eine sichere Datierung möglich ist, die ältesten Bezeugungen einer Benutzung der Justinianischen Kodifikation im Okzidente darstellen.

Schon mit dem Beginn und in der ersten Hälfte des

---

cum iuris et legum ratione concordant; ea vero, que subreptione vel falsis precibus forsitan inpetrantur, nullum remedium supplicantibus ferre'). Dieser Satz, nur in veränderter Fassung, wird als kaiserliches Gesetz in einem an den Magister militum Sindulus gerichteten Brief wiederholt ('nulli qui in precibus suis deprehenditur esse mentitus ea sacra prodesse quae meruit' Ivo Decr. 8, 67 [J. 1031]). Es geschieht dies mit Bezug auf einen gewissen Montanianus, der sich fälschlich als eheliches Kind des kinderlos verstorbenen Erblassers ausgibt. Ihm, dem Kinde einer Sklavin, nützen die Principalia sacra nichts: vielmehr sollen die Söhne des vorverstorbenen Bruders in das Vermögen sukzedieren. Welche unter verschiedenen Konstitutionen des Kodex (vgl. etwa 1, 22, 2. 4—6; 1, 23, 7; 1, 19, 7) dem Papste vorschwebt, ist zweifelhaft, nicht hingegen, daß er Kodexstellen, wie diese, unter denen indessen keine einzige von Justinian selbst herrührt, im Auge hat. In beiden Briefen ist angedeutet, daß der Kaiser ('princeps'), auf den jene Satzungen zurückgeführt werden, in dem anhängigen Rechtsstreite zugleich reskribiert habe. — 6. C. XXIII q. 5 c. 44 (J. 1024): et divinae et humanae leges statuerunt, ut ab ecclesiae unitate divisi et eius pacem iniquissime perturbantes a saecularibus etiam potestatibus conprimantur. Der Kodex enthält einen Titel 'De haereticis et Manichaeis' (1, 5). — 7. Epist. Pelag. 58 der Coll. Brit. (J. 1030). Eine Partei beruft sich auf 'legalia cauta que suspectum permittunt declinari iudicium' (C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, 1 u. 4 pr.; Nov. 96, 2). — 8. Einige Schwierigkeit macht die Feststellung der Quelle in einem weiteren Briefe der Coll. Brit. (Pelag. Epist. 18 [J. 990]). Es heißt von einer Frau: quia subito inter caballos inventa est, et dum traherentur caballi collisa est illa et aborsum fecit. Entscheidung: si ita est forte, si caballos alienos tulit, inde est culpabilis; nam de muliere, quae casu inter caballos confracta est, ubi voluntas illius non agnoscitur perniciosa fuisse, non potest addici per leges. Damit ist gesagt, in der Sprache der Zeit (addici = condemnari), daß der Führer des Gefährtes, wo die Frau zu Schaden gekommen ist, nach den Gesetzen nicht verurteilt werden dürfe, weil ihn keine (Aquilische) Schuld treffe, dagegen für etwaigen Diebstahl der Pferde haftbar sei. Dem Rechtsfalle geht der folgende voraus: chartae, quas dedit nobis Lucidius, si illo tempore adversarius ipsius illic praesens fuisset, validae essent; sed quia adversario absente gesta, quae nobis recensuit, facta leguntur; talia leges non recipiunt. Der Satz hat bei Gratian (C. III q. 9 c. 19) die Überschrift 'reo absente libellus accusationis frustra offertur'.

sechsten Jahrhunderts tritt in gallischen Konzilienschlüssen eine Verwendung der römischen Rechtsquellen zutage[1]), indessen ohne daß sich entscheiden läßt, ob es die voralaricianischen, insbesondere der Codex Theodosianus oder das Breviar sind.[2]) In den Akten des Konzils von Tours v. J. 567[3]) wird Text aus dem Breviar, der als Lex Romana bezeichnet ist, zitiert und die Interpretation als die jedermann, Gelehrten wie Ungelehrten, verständliche Erläuterung des Gesetzestextes bezeichnet[4]): nicht weniger als Aussprüche

[1]) Fast an Sicherheit grenzt, im Hinblick auf die Zeit der Erwähnung, die Annahme, daß Conc. Aurel. a. 511 (c. 1) mit dem Hinweis auf die Lex Romana den Cod. Theod. (9, 45, 4) im Auge hat. Der Text lautet (MG. Conc. I 2. u. 3): de homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, id constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit: ut ab ecclesiae atriis vel domum ecclesiae vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat. Hieran schließt sich das Folgende: sed nec aliter consignari, nisi ad evangelia datis sacramentis de morte, de debilitate, et omni poenarum genere sint securi, ita ut ei, cui reus fuerit, criminosus de satisfactione conveniat. Heißt es in Conc. Aurel. a. 549 (c. 22) (a. a. O. p. 107): 'De servis vero, qui pro qualibet culpa ad ecclesiae septa confugerint, id statuimus observandum, ut, sicut in antiquis constitutionibus tenetur scriptum, pro concessa culpa datis a domino sacramentis, quisque ille fuerit, egrediatur de venia iam securus', so werden unter den alten Konstitutionen alte Konzilienschlüsse zu verstehen sein (vgl. z. B. die Einleitung zum Conc. Epaon., MG. Conc. I 19 und den Index verb. et rerum a. a. O. II s. v. Constitutio), wie der soeben genannte und Schlüsse des Conc. Araus. (c. 3) a. 411 und Arel. (c. 30), zwischen 442 u. 506. Ein römisches Kaisergesetz, das dem in das kirchliche Asyl geflüchteten Sklaven den Schutz mittels Eidesleistung des Herrn garantiert, ist kein anderes als eine in Cod. Just. (1, 12, 6) überlieferte Konstitution (§ 9) v. J. 466: daß dieses im Jahre 549 in Orleans benutzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. — [2]) Die Worte 'Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur' (p. 63) in Conc. Aurel. (c. 11), a. 533 klingen stark an die Interpretation des Breviars an (P. 2, 20, 4): Si qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia aut furor accesserit, ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt). Worte in Conc. Aurel. (c. 7), a. 549, 'Huiusmodi quoque libertas si a quocumque pulsata fuerit, cum iustitia ab ecclesiis defendatur, praeter eas culpas, pro quibus legis conlatas servis revocari iusserunt libertates' (p. 103) gründen sich auf eine Konstitution des CTh. (4, 10, 1), die auch dem Breviar (eod. l.) angehört. — [3]) MG. Conc. I 121 sq. — [4]) Es heißt (c. 22) unter Zitierung

Diesen Belegen kommt um deswillen eine besondere Bedeutung zu, weil sie, soweit eine sichere Datierung möglich ist, die ältesten Bezeugungen einer Benutzung der Justinianischen Kodifikation im Okzidente darstellen.

Schon mit dem Beginn und in der ersten Hälfte des

---

cum iuris et legum ratione concordant; ea vero, que subreptione vel falsis precibus forsitan inpetrantur, nullum remedium supplicantibus ferre'). Dieser Satz, nur in veränderter Fassung, wird als kaiserliches Gesetz in einem an den Magister militum Sindulus gerichteten Brief wiederholt ('nulli qui in precibus suis deprehenditur esse mentitus ea sacra prodesse quae meruit' Ivo Decr. 8, 67 [J. 1031]). Es geschieht dies mit Bezug auf einen gewissen Montanianus, der sich fälschlich als eheliches Kind des kinderlos verstorbenen Erblassers ausgibt. Ihm, dem Kinde einer Sklavin, nützen die Principalia sacra nichts: vielmehr sollen die Söhne des vorverstorbenen Bruders in das Vermögen sukzedieren. Welche unter verschiedenen Konstitutionen des Kodex (vgl. etwa 1, 22, 2. 4—6; 1, 23, 7; 1, 19, 7) dem Papste vorschwebt, ist zweifelhaft, nicht hingegen, daß er Kodexstellen, wie diese, unter denen indessen keine einzige von Justinian selbst herrührt, im Auge hat. In beiden Briefen ist angedeutet, daß der Kaiser ('princeps'), auf den jene Satzungen zurückgeführt werden, in dem anhängigen Rechtsstreite zugleich reskribiert habe. — 6. C. XXIII q. 5 c. 44 (J. 1024): et divinae et humanae leges statuerunt, ut ab ecclesiae unitate divisi et eius pacem iniquissime perturbantes a saecularibus etiam potestatibus conprimantur. Der Kodex enthält einen Titel 'De haereticis et Manichaeis' (1, 5). — 7. Epist. Pelag. 58 der Coll. Brit. (J. 1030). Eine Partei beruft sich auf 'legalia cauta que suspectum permittunt declinari iudicium' (C. 3, 1, 16; Nov. 53, 3, 1 u. 4 pr.; Nov. 96, 2). — 8. Einige Schwierigkeit macht die Feststellung der Quelle in einem weiteren Briefe der Coll. Brit. (Pelag. Epist. 18 [J. 990]). Es heißt von einer Frau: quia subito inter caballos inventa est, et dum traherentur caballi collisa est illa et aborsum fecit. Entscheidung: si ita est forte, si caballos alienos tulit, inde est culpabilis; nam de muliere, quae casu inter caballos confracta est, ubi voluntas illius non agnoscitur perniciosa fuisse, non potest addici per leges. Damit ist gesagt, in der Sprache der Zeit (addici = condemnari), daß der Führer des Gefährtes, wo die Frau zu Schaden gekommen ist, nach den Gesetzen nicht verurteilt werden dürfe, weil ihn keine (Aquilische) Schuld treffe, dagegen für etwaigen Diebstahl der Pferde haftbar sei. Dem Rechtsfalle geht der folgende voraus: chartae, quas dedit nobis Lucidius, si illo tempore adversarius ipsius illic praesens fuisset, validae essent; sed quia adversario absente gesta, quae nobis recensuit, facta leguntur; talia leges non recipiunt. Der Satz hat bei Gratian (C. III q. 9 c. 19) die Überschrift 'reo absente libellus accusationis frustra offertur'.

sechsten Jahrhunderts tritt in gallischen Konzilienschlüssen eine Verwendung der römischen Rechtsquellen zutage[1]), indessen ohne daß sich entscheiden läßt, ob es die voralaricianischen, insbesondere der Codex Theodosianus oder das Breviar sind.[2]) In den Akten des Konzils von Tours v. J. 567[3]) wird Text aus dem Breviar, der als Lex Romana bezeichnet ist, zitiert und die Interpretation als die jedermann, Gelehrten wie Ungelehrten, verständliche Erläuterung des Gesetzestextes bezeichnet[4]): nicht weniger als Aussprüche

---

[1]) Fast an Sicherheit grenzt, im Hinblick auf die Zeit der Erwähnung, die Annahme, daß Conc. Aurel. a. 511 (c. 1) mit dem Hinweis auf die Lex Romana den Cod. Theod. (9, 45, 4) im Auge hat. Der Text lautet (MG. Conc. I 2. u. 3): de homicidis, adulteris et furibus, si ad ecclesiam confugerint, id constituimus observandum, quod ecclesiastici canones decreverunt et lex Romana constituit: ut ab ecclesiae atriis vel domum ecclesiae vel domum episcopi eos abstrahi omnino non liceat. Hieran schließt sich das Folgende: sed nec aliter consignari, nisi ad evangelia datis sacramentis de morte, de debilitate, et omni poenarum genere sint securi, ita ut ei, cui reus fuerit, criminosus de satisfactione conveniat. Heißt es in Conc. Aurel. a. 549 (c. 22) (a. a. O. p. 107): 'De servis vero, qui pro qualibet culpa ad ecclesiae septa confugerint, id statuimus observandum, ut, sicut in antiquis constitutionibus tenetur scriptum, pro concessa culpa datis a domino sacramentis, quisque ille fuerit, egrediatur de venia iam securus', so werden unter den alten Konstitutionen alte Konzilienschlüsse zu verstehen sein (vgl. z. B. die Einleitung zum Conc. Epaon., MG. Conc. I 19 und den Index verb. et rerum a. a. O. II s. v. Constitutio), wie der soeben genannte und Schlüsse des Conc. Araus. (c. 3) a. 411 und Arel. (c. 30), zwischen 442 u. 506. Ein römisches Kaisergesetz, das dem in das kirchliche Asyl geflüchteten Sklaven den Schutz mittels Eidesleistung des Herrn garantiert, ist kein anderes als eine in Cod. Just. (1, 12, 6) überlieferte Konstitution (§ 9) v. J. 466: daß dieses im Jahre 549 in Orleans benutzt werden konnte, ist nicht anzunehmen. — [2]) Die Worte 'Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur' (p. 63) in Conc. Aurel. (c. 11), a. 533 klingen stark an die Interpretation des Breviars an (P. 2, 20, 4): Si qui matrimonium sani contraxerint, et uni ex duobus amentia aut furor accesserit, ob hanc infirmitatem coniugia talium solvi non possunt). Worte in Conc. Aurel. (c. 7), a. 549, 'Huiusmodi quoque libertas si a quocumque pulsata fuerit, cum iustitia ab ecclesiis defendatur, praeter eas culpas, pro quibus legis conlatas servis revocari iusserunt libertates' (p. 103) gründen sich auf eine Konstitution des CTh. (4, 10, 1), die auch dem Breviar (eod. l.) angehört. — [3]) MG. Conc. I 121 sq. — [4]) Es heißt (c. 22) unter Zitierung

der Bibel, des alten und des neuen Testaments, und Dekretalen der Päpste, dienen die Sätze des römischen Rechts, die von Behelligung und Raub von Jungfrauen und Witwen und vom Eheverbot unter Kognaten und Affinen handeln, den Vätern zur Motivierung ihrer Beschlüsse.[1]) Bezugnahmen auf die weltlichen Gesetze, die sich in den Konzilien von Macon, a. 583 und 585 finden, mögen nicht das westgotisch-römische, sondern das Justinianische Recht betreffen.[2]) Er-

---

von Br. CTh. 3, 12, 2 Int. u. 3 Int.: ait sacra sententia legum, quae in hac explanatione omni homine, tam docto quam indocto, aperta est.

[1]) c. 21 'quia etiam lex Romana constituit' = CTh. 9, 20, 1 Int.; 'item' = CTh. 9, 20, 2; c. 22 (vgl. S. 31 N. 4). — [2]) Die Sache ist sehr zweifelhaft. Wenn es in dem ersten Konzil heißt (c. 17) (p. 159) 'quid de Christianis, qui aut captivitatis incursu aut quibuscumque fraudibus Iudaeorum servitio inplicantur, debeat observari, non solum cannonecis statutis, sed et legum beneficio iam pridem fuerit constitutum', so kann bei den Leges recht gut an Texte gedacht sein, die sich im Breviar finden (vgl. Syst. Brev. Al. S. 157 u. 158 sub d [S. 157]). Heißt es im zweiten Konzil (c. 9) (p. 168) 'Licet reverentissime canones atque sacratissime leges de episcopali audientia in ipso pene Christianitatis principio sententiam protulerint', so wird man den Umstand, daß die Verbindung 'episcopalis audientia' im Breviar nicht begegnet, aber in der Justinianischen Gesetzgebung (z. B. 1, 3, 25 pr., Rubr. CJ. 1, 14; Epit. Iul. 69, 7 Rubr.) schwerlich für die Annahme ihrer Benutzung verwerten dürfen, da die Wendung, die freilich im Theodosianus bei der Rubrizierung des dem Kodextitel De episcopali audientia (1, 4) entsprechenden Titels (1, 27) vermieden und durch 'De episcopali definitione' ersetzt ist, doch allgemein verbreitet sein konnte und überdies im Liber decimus sextus des Codex Theodosianus einmal (2, 47, 1) vorkommt (ja eine verwandte Formulierung, episcoporum audientia, auch dem Breviar [CTh. 16, 1, 2 Int.] nicht fehlt). Am ehesten scheint mir für eine Entscheidung eine Stelle des zweiten Konzils ins Gewicht zu fallen, die, wie folgt, lautet (c. 17): comperimus multos necdum marcidata mortuorum membra sepulchra reserare et mortuos suos superimponere vel aliorum, quod nefas est, mortuis suis relegiosa loca usurpare, sine voluntate scilicet domini sepulchrorum . . Quod si factum fuerit, secundum legum auctoritatem superimposita corpora de eisdem tumulis reiactentur. Die Bezeichnung der Begräbnisstätte als 'Loca religiosa' dürfte dem Sprachgebrauch nicht sowohl des Breviars als vielmehr der Justinianischen Kodifikation entsprechen (vgl. Conrat [Cohn] Gaius S. 18—20 u. Paulus S. 67 u. 68). Es kommt aber auch in Betracht, daß Worte einer anderen Stelle (c. 18) (p. 171), 'Incestam copulationem in qua nec coniunx nec nuptiae recte appellare legis sanxerunt', die offenbar einen den Inzest charakterisierenden Text wiedergeben wollen, der bezüg-

wähnungen, die sich auf Rechtsverhältnisse des antiken Roms beziehen, werden dagegen der profanen Geschichtsschreibung entlehnt sein.[1])

Hingegen fällt in das Ende des sechsten und in den Beginn des siebenten Jahrhunderts die an Beziehungen zu den Quellen des römischen Rechts überaus reiche Briefsammlung, das sogenannte Register der Briefe Papst Gregors I. (590—604).[2,3]) Ja das Kommonitorium an den Defensor Johannes[4]) (v. J. 603) ist im Grunde nichts weiter als ein Gewebe von Texten der Justinianischen Kodifikation[5]), die

---

lichen Äußerung der Institutionen (1, 10, 12 'nec vir nec uxor nec nuptiae') doch näher stehen, als entsprechenden Anführungen des Breviars (Epit. Gai 4, 8 'nec uxorem nec filios'; CTh. 3, 12, 2). Die Annahme, daß in den Texten der beiden Konzilien Justinianisches Recht zum Vorschein kommt, ist indessen angefochten von Patetta, Per la storia del dir. rom. p. 5—7 (Riv. ital. per le scienze giur. XII, Sep.-Abz.) u. Sui framm. di diritto germ. p. 12[28] (Archiv. giur. LIII, Sep.-Abz.).

[1]) Hierzu gehört es, wenn es in Conc. Matisc. (c. 8) a. 585 heißt (p. 168): si enim mundani principes suis legibus censuerunt, ut, quicumque ad eorum statuas fugiret, inlesus habeatur, quanto magis hi permanere debeant indemnati, qui patrocinia inmortalis regni adepti sunt celestis. Dies wird vielfach bei den alten Schriftstellern erwähnt (vgl. Gothofredus ad CTh. 9, 44, 1), wie es auch in Cod. Theod. (9, 44) und in Cod. Iust. (1, 25) einen Titel 'De his qui ad statuas confugiunt' gibt (vgl. auch I. 1, 8, 2): im Breviar findet sich nichts darauf Bezügliches. Ausdrücklich will Conc. Turon. a. 567 (c. 21) den Sachverhalt des Bruchs des Keuschheitsgelübdes durch die Vestalischen Jungfrauen den Chroniken entlehnt haben (p. 129), und das gleiche wird bei einer Äußerung des Conc. Aurel. a. 541 (c. 13) (p. 90) der Fall sein ('Similiter a tutillae administratione pontifices, presbyteros adque diaconos adeo excusatos esse decrevimus, quia, quod lex saeculi etiam paganis sacerdotibus et ministris ante praestiterat, iustum est, ut erga Christianus specialiter conservetur'): vgl. Rudorff, Das Recht der Vormundschaft II 103 f., 108. — [2]) Ed. Ewald-Hartmann, MG. Epist. I u. II. — [3]) Vgl. Savigny II 275—277. — [4]) 13, 50 (a. d. N. 2 a. O. II 414 sq.). — [5]) 'Et sanctus Gregorius multoties in Commonitoriis ad Ioannem defensorem euntem in Hispaniam, quae commonitoria ex integro de imperialibus contexuit legibus, quas ecclesiasticas iudicavit'; — 'commonitoria ad Ioannem defensorem euntem in Hispanias beatus Gregorius de sacris ordinibus per totum ex legalibus confecerit institutis'; — 'unde et sanctus Gregorius commonitoria ad Ioannem defensorem et ad alios etiam ex integro de legalibus edictis condiderat'. Man findet diese Charakterisierungen bei Hinkmar von Rheims (Migne CXXV 403 u. 652; CXXVI 157).

dem Adressaten in verschiedenen Rechtssachen Auskunft geben sollen.[1]) Es sind Texte aus den Pandekten, dem Kodex ('Codex') und den Novellen ('Novellae')[2]), und zwar originalgriechischen Novellen in lateinischer Version, von denen die eine (Nov. 123, 8. 19. 21. 22) mit der Fassung des Authenticum (134) übereinstimmt, die andere (Nov. 90, 9) eine hiervon abweichende Übersetzung darstellt.[3]) Was die Zitierweise anlangt, so kann für die dem Kodex ausgeschriebenen Texte das Folgende als Beispiel dienen: ut huius legis series loquitur, Codicis libro primo titulo tertio constitutione undecima: Imperatores Archadius et Honorius Augusti Theodoro praefecto praetorio (1, 3, 10). Somit wird das als Konstitution bezeichnete Gesetz mit voller Inskription aufgeführt und durch Ziffer von Buch, Titel und Konstitution charakterisiert.[4]) Ein Novellentext wird, wie folgt, eingeführt: sicut haec Novellarum constitutio manifestat, quae eloquitur de sanctissimis et Deo amabilibus ac reverentissimis episcopis et clericis et monachis: Imperator Iustinianus perpetuus Augustus Petro gloriosissimo praefecto praetorio Kapitulum LIII (Nov. 123, 2).[5]) Wie bei Zitierung der Texte

---

[1]) Mit Bezug auf die Frage, Personen von welcher Beschaffenheit, bezw. von welchem Rufe zum Zeugnisse zuzulassen sind, spricht Gregor von zahlreichen Gesetzen, die beinahe niemandem unbekannt sind (p. 418: Quales autem testes vel cuius opinionis ad testimonium admittendae sunt, plurimae leges ostendunt, quae paene nulli habentur incognitae). Das folgende ('quae [leges] etiam et illud sanciunt, ut vilissimis testibus sine corporali discussione credi non debeat') nimmt auf Inhalt von Nov. 90, 1 Bezug. — [2]) Es heißt 'Novellarum' (constitutio), einmal auch 'Novellae' (constitutio) (p. 417). — [3]) Die Benutzung der Epit. Iul. ist dem Register fremd. Fälschlich hat Burchards Dekret 8, 65 (C. XVIII q. 2 c. 22) = Epit. Iul. 115, 57 die Inskription 'Item in Registro Gregorii'. — [4]) Weitere Beispiele. Hinter der im Texte aufgeführten Stelle finden sich die folgenden Zitierungen (p. 415): libri suprascripti tituli XII constitutione secunda: Imperatores Honorius et Theodosius Augusti Iobio praefecto praetorio (1, 12, 2) u. item eiusdem tituli constitutione VI: Imperator Leo Augustus Eritrio praefecto praetorio (1, 12, 6). Hiernach kommt dann noch das Folgende: haec constitutio patefacit Codicis, libro nono titulo primo constitutione XX: Imperatores Archadius et Honorius Augusti Eutichiano praefecto praetorio (9, 1, 20). — [5]) Weitere Beispiele. Der im Texte genannten folgt die Zitierung 'superius in eadem constitutione LI capitulo legitur'

aus dem Kodex, so wird hier der Text mit der Inskription aufgeführt, auch eine Ziffer des Kapitels ('capitulum') genannt, hingegen das als Constitutio bezeichnete Gesetz nicht durch eine Ziffer, sondern durch die Rubrik charakterisiert: eine durch Ziffern charakterisierte Konstitution ist daher eine Konstitution des Kodex, womit sich erklärt, daß bei ihrer Zitierung zuweilen der Name des Rechtsbuchs weggelassen ist.[1]) Die Annahme liegt dann nahe, daß Gregor die Novellen nicht aus einer Sammlung mit Ziffern zitiert, wie sich andererseits aber auch die von den bekannten Sammlungen abweichenden Kapitelziffern der Konstitution als eine Eigentümlichkeit ausweisen.[2]) Ein Zitat aus den Digesten, ein Text aus Modestins Pandekten (48, 4, 7, 3) lautet, wie folgt: sicut legitur libro XLVIII titulo ad legem Iuliam maiestatis, digesto septimo: Modestinus, libro XII Pandectarum. Mit dem hervorragenden Dokumente des Kommonitorium ist indessen der Stoff, den das Register der Briefe Gregors liefert, durchaus nicht erschöpft[1]): viel-

(Nov. 123, 19) (p. 415). Hernach heißt es dann: sicut praedicta Novellarum constitutio, quae de episcopis loquitur, continet (Nov. 123, 8); — item post pauca (c. 22); — .. lege noscendum est, constitutione Novellae, quae de testibus loquitur, capitulo XVI (Nov. 90, 9).

[1]) Es heißt, ohne daß ein Kodextext vorausgeht (p. 416): quia ergo sententia non a suo iudice dicta nihil firmitatis optineat, lectionis huius tenor ostendit, libro septimo titulo XLVIII constitutione quarta: Imperatores Gratianus, Valentinianus et Theodosius Augusti ad Politum vicarium (7, 48, 4). Ferner hinter einem Novellentext (p. 418): 'Quod autem dicitur, quia nihil scriptis iudicatum est, legendum est titulo XLIIII libro VII constitutione III, quia scriptis debuit iudicari' (7, 44, 3). — [2]) C. 21 der Nov. 123 wird als 53. Kapitel, c. 19 als Kapitel 51 bezeichnet. Es wird ferner das neunte Kapitel von Nov. 90 vielmehr Kapitel 16 genannt (vgl. S. 34 N. 5). Von der Annahme, daß die abweichenden Ziffern erst in die Handschriften eingedrungen sind, wird man doch absehen müssen, so daß sich Gregor vielmehr einer Vorlage mit eigenartiger Kapitelzählung bedient hat. Da die Kapitel bei Gregor höhere Zahlen haben, als in den bekannten Sammlungen, so könnte man meinen, daß in der Vorlage Gregors diese Abschnitte der Novellen durchgängig nicht so umfangreich waren, wie in jenen: daß auch bei Gregor zwischen dem 19. und dem 21. Kapitel von Nov. 123 nur ein Kapitel dazwischen lag, c. 52 seiner Zählung, bezw. Nov. 123, 20 auch in der von Gregor benutzten Sammlung ein Kapitel bildete, spricht nicht dagegen, da es sehr kurz ist.

mehr ist in einer sehr großen Zahl von Briefen, die Rechtsfragen erörtern, eine Fülle juristischer Weisheit auf dem Boden eines positiven Rechts entfaltet, das kein anderes Recht sein kann und nachweislich kein anderes Recht ist[2]), als das Justinianische.[3])

---

[1]) Erfaßt und ausgesprochen ist dies bereits von Hinkmar (Migne CXX VI 157) in den Worten: unde et sanctus Gregorius commonitoria ad Ioannem defensorem et ad alios etiam ex integro de legalibus edictis condiderat. Savigny II 275—277 nimmt, abgesehen von Reg. 9, 197, nur auf das Kommonitorium Bezug. — [2]) 3, 64 ist die Rede von einem Gesetze des Kaisers Mauricius des Inhalts 'ut nullus qui actionem publicam egit, nullus qui optio vel manu signatus vel inter milites fuit habitus, ei in monasterio converti liceat, nisi forte si militia eius fuerit expleta'. Es wird hinzugefügt: quam legem primum, sicuti dicunt qui leges veteres noverunt, Iulianus protulit, de quo scimus omnes, quantum Deo adversus fuit. Von einem Gesetze Kaiser Julians mit dem angegebenen Inhalt ist sonst nirgends die Rede. — [3]) Ich gebe im folgenden eine Übersicht über eine Anzahl Briefe — darunter auch der Sammlung angehörige, die nicht von Gregor selbst herrühren, — die durch ihre Benutzung der Rechtsquellen ein besonderes Interesse beanspruchen. Die Adressaten der Briefe gehören, falls nichts anderes vermerkt ist, dem Klerus (Bischof Diakon Subdiakon) oder dem Mönchsstande an. Allegate finden sich auch in Ausgaben des Registers, so insbesondere in der der MG. — 1, 9 (J. 1076). Eigentumsansprüche der Ecclesia Romana verjähren nach 40 Jahren (Nov. 111 u. 131, 6). — 1, 16[a] ((fehlt bei Jaffé)) Brief der Istrischen Bischöfe an Kaiser Mauricius. 'Quod etiam sacratissimis legibus vestris statutum est, nullum posse iudicem esse in causa, qua adversarius comprobatur' (C. 3, 5, 1). — 1, 46 (J. 1116). An den Dux Sardiniae. Eine Mutter will das Testament des Sohnes anfechten. Sie soll dann die Piae causae, wie die 'iuris ratio' ihnen Wohlwollen bezeigt, begünstigen ('ut piis se causis salva iustitia libenter accomodet, et quicquid his iuris ratio benigne tribuit, iubeat custodiri') (z. B. C. 1, 3, 45; Nov. 131, 11 u. 12). — 1, 53 (J. 1123) 'indecens esse credimus, ut progeniti ex libera muliere filii ad servitium retrahantur'. Die Mutter, 'per epistolam manumissa', hatte die Kinder in der Ehe geboren (z. B. J. 1, 3 pr.). — 1, 66 (J. 1135). Kleriker hatten Kirchengeräte verkauft; der Erwerber, der Kraft der Gesetze uneingedenk ('oblitus vigorem legum, praesumpsit sacra comparare cymilia'), soll durch den Iudex provinciae auf Rückgabe verklagt werden (C. I. 2, 1, 8; C. 1, 2, 21; Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 1, 69 (J. 1138) 'femina pro eo, quod post acceptas sponsalitias arras ex Iudea ad Christianam religionem conversa est, dicitur sustinere molestiam'; falls ihre Sache bereits abgeurteilt sei ('dicta' 'finita' 'iudicata'), dürfe nicht von neuem eine Querel gegen sie erhoben werden. 'Sed quae iudicata sunt modis omnibus conserventur' (Res iudicata). — 2, 6 (J. 1157).

Von den Hebräern: 'sed sicut Romanis vivere legibus permittuntur, annuente iustitia actos suos ut norunt nullo inpediente disponant. Eis tamen Christiana mancipia habere non liceat' (C, 1, 9, 6 pr., C. 1, 10). — 2, 9 (J. 1158). Bedingung für die Konsekration der von Januarius gestifteten Basilika: 'donatione .. legitima .. quae omnia diligenter inquire, ut si eorum quae offeruntur redituum quantitas, vel quae tempore mortis reliquerit sartis tectis et luminaribus nec non alimoniis servientium, annua possunt praestatione sufficere, ipsa munificentia gestis municipalibus alligata'. Für die Ausführung haften der Bischof und seine Erben (C. 1, 2, 15; Nov. 67, 2). — 2, 15 (J. 1167). Erfordernis der Konsekration eines Oratorium: 'percepta primitus donatione legitima, id est, totius facultatis eius, excepta familia, mobilem vel inmobilem seseque moventem uncias octo, retento sibi usufructu diebus vitae suae, gestisque municipalibus alligatam, praedictum oratorium absque missis publicis sollemniter consecrabis' (Nov. 67, 2; Nov. 131, 7 pr.). — 2, 29 (J. 1182). An Stephanus Cartarius Siciliae: 'contra praecepta Dominica contraque canonum regulam commissa esse didicimus'. Es sind zwei Mönche flüchtig geworden: sie sollen zurückgegeben werden (Nov. 123, 42, 1). — 3, 5 (J. 1209). 'Sicut in iudiciis laicorum privilegia turbare non cupimus, ita eis praeiudicantibus moderata te volumus auctoritate resistere. Violentos namque laicos coercere non contra leges est agere, sed legi ferre subsidium. — 3, 6 (J. 1210). In einer Kriminalsache gegen Bischof Adrian wird der Diakon Demetrius, von dem der Richter ein belastendes Zeugnis erwartet, seines Honors entsetzt und dem Proconsul provinciae zur Folterung übergeben, indessen ohne Erfolg; von dem Richter, der darauf eine Verurteilung ausspricht, heißt es: protulit .. sententiam, quae licet non esset appellatione suspensa, contra leges canonesque prolata ipsa non poterat iure subsistere .. ex abundanti et appellationem (tibi) constat esse porrectam .. sententia ut diximus nequaquam canonibus neque legibus subsistente (Nov. 90, 1, 1). In demselben Brief ist von der Beschwerde des Bischofs die Rede 'in causis pecuniariis' nicht 'reservatis legibus' gerichtet worden zu sein (?). — 3, 7 ⟨(J. 1211)⟩. Es heißt von der Folterung des Diakons Demetrius: 'contra canones ac leges in Demetrio diacono eius aliisque personis crudelis atque dolosa discussio' (Nov. 90, 1, 1). — 3, 8 ⟨(J. 1212)⟩. Berufungsverfahren in Sachen eines in erster Instanz verurteilten Bischofs: 'quod si alias, quam de eo aestimatum est, synodali fuerit inquisitione compertum, necesse est, ut et criminatores iusti districtionem iuris exhorreant' (vgl. etwa C. 1, 3, 32, 8). — 3, 37 (J. 1242). An Libertinus, den Praetor Siciliae. Ein Jude hat zahlreiche Christen zu seinem Glauben verleitet. 'Sed et Christiana, ut dicitur, mancipia comparavit et suis ea obsequiis ac utilitatibus deputavit'. Adressat soll dagegen einschreiten. 'Mancipia autem Christiana, quaecumque eum comparasse patuerit, ad libertatem iuxta legum praecepta sine ambiguitate perducite'. (C. 1, 3, 54, 8. 1, 7, 5. 1, 10.) — 3, 40 (J. 1245). An den Notar Pantaleon. Ein Kleriker ist aus der

mehr ist in einer sehr großen Zahl von Briefen, die Rechtsfragen erörtern, eine Fülle juristischer Weisheit auf dem Boden eines positiven Rechts entfaltet, das kein anderes Recht sein kann und nachweislich kein anderes Recht ist[2]), als das Justinianische.[3])

---

[1]) Erfaßt und ausgesprochen ist dies bereits von Hinkmar (Migne CXX VI 157) in den Worten: unde et sanctus Gregorius commonitoria ad Ioannem defensorem et ad alios etiam ex integro de legalibus edictis condiderat. Savigny II 275—277 nimmt, abgesehen von Reg. 9, 197, nur auf das Kommonitorium Bezug. — [2]) 3, 64 ist die Rede von einem Gesetze des Kaisers Mauricius des Inhalts 'ut nullus qui actionem publicam egit, nullus qui optio vel manu signatus vel inter milites fuit habitus, ei in monasterio converti liceat, nisi forte si militia eius fuerit expleta'. Es wird hinzugefügt: quam legem primum, sicuti dicunt qui leges veteres noverunt, Iulianus protulit, de quo scimus omnes, quantum Deo adversus fuit. Von einem Gesetze Kaiser Julians mit dem angegebenen Inhalt ist sonst nirgends die Rede. — [3]) Ich gebe im folgenden eine Übersicht über eine Anzahl Briefe — darunter auch der Sammlung angehörige, die nicht von Gregor selbst herrühren, — die durch ihre Benutzung der Rechtsquellen ein besonderes Interesse beanspruchen. Die Adressaten der Briefe gehören, falls nichts anderes vermerkt ist, dem Klerus (Bischof Diakon Subdiakon) oder dem Mönchsstande an. Allegate finden sich auch in Ausgaben des Registers, so insbesondere in der der MG. — 1, 9 (J. 1076). Eigentumsansprüche der Ecclesia Romana verjähren nach 40 Jahren (Nov. 111 u. 131, 6). — 1, 16[a] ((fehlt bei Jaffé)) Brief der Istrischen Bischöfe an Kaiser Mauricius. 'Quod etiam sacratissimis legibus vestris statutum est, nullum posse iudicem esse in causa, qua adversarius comprobatur' (C. 3, 5, 1). — 1, 46 (J. 1116). An den Dux Sardiniae. Eine Mutter will das Testament des Sohnes anfechten. Sie soll dann die Piae causae, wie die 'iuris ratio' ihnen Wohlwollen bezeigt, begünstigen ('ut piis se causis salva iustitia libenter accomodet, et quicquid his iuris ratio benigne tribuit, iubeat custodiri') (z. B. C. 1, 3, 45; Nov. 131, 11 u. 12). — 1, 53 (J. 1123) 'indecens esse credimus, ut progeniti ex libera muliere filii ad servitium retrahantur'. Die Mutter, 'per epistolam manumissa', hatte die Kinder in der Ehe geboren (z. B. J. 1, 3 pr.). — 1, 66 (J. 1135). Kleriker hatten Kirchengeräte verkauft; der Erwerber, der Kraft der Gesetze uneingedenk ('oblitus vigorem legum, praesumpsit sacra comparare cymilia'), soll durch den Iudex provinciae auf Rückgabe verklagt werden (C. I. 2, 1, 8; C. 1, 2, 21; Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 1, 69 (J. 1138) 'femina pro eo, quod post acceptas sponsalitias arras ex Iudea ad Christianam religionem conversa est, dicitur sustinere molestiam'; falls ihre Sache bereits abgeurteilt sei ('dicta' 'finita' 'iudicata'), dürfe nicht von neuem eine Querel gegen sie erhoben werden. 'Sed quae iudicata sunt modis omnibus conserventur' (Res iudicata). — 2, 6 (J. 1157).

Von den Hebräern: 'sed sicut Romanis vivere legibus permittuntur, annuente iustitia actos suos ut norunt nullo inpediente disponant. Eis tamen Christiana mancipia habere non liceat' (C, 1, 9, 6 pr., C. 1, 10). — 2, 9 (J. 1158). Bedingung für die Konsekration der von Januarius gestifteten Basilika: 'donatione .. legitima .. quae omnia diligenter inquire, ut si eorum quae offeruntur redituum quantitas, vel quae tempore mortis reliquerit sartis tectis et luminaribus nec non alimoniis servientium, annua possunt praestatione sufficere, ipsa munificentia gestis municipalibus alligata'. Für die Ausführung haften der Bischof und seine Erben (C. 1, 2, 15; Nov. 67, 2). — 2, 15 (J. 1167). Erfordernis der Konsekration eines Oratorium: 'percepta primitus donatione legitima, id est, totius facultatis eius, excepta familia, mobilem vel inmobilem seseque moventem uncias octo, retento sibi usufructu diebus vitae suae, gestisque municipalibus alligatam, praedictum oratorium absque missis publicis sollemniter consecrabis' (Nov. 67, 2; Nov. 131, 7 pr.). — 2, 29 (J. 1182). An Stephanus Cartarius Siciliae: 'contra praecepta Dominica contraque canonum regulam commissa esse didicimus'. Es sind zwei Mönche flüchtig geworden: sie sollen zurückgegeben werden (Nov. 123, 42, 1). — 3, 5 (J. 1209). 'Sicut in iudiciis laicorum privilegia turbare non cupimus, ita eis praeiudicantibus moderata te volumus auctoritate resistere. Violentos namque laicos coercere non contra leges est agere, sed legi ferre subsidium. — 3, 6 (J. 1210). In einer Kriminalsache gegen Bischof Adrian wird der Diakon Demetrius, von dem der Richter ein belastendes Zeugnis erwartet, seines Honors entsetzt und dem Proconsul provinciae zur Folterung übergeben, indessen ohne Erfolg; von dem Richter, der darauf eine Verurteilung ausspricht, heißt es: protulit .. sententiam, quae licet non esset appellatione suspensa, contra leges canonesque prolata ipsa non poterat iure subsistere .. ex abundanti et appellationem (tibi) constat esse porrectam .. sententia ut diximus nequaquam canonibus neque legibus subsistente (Nov. 90, 1, 1). In demselben Brief ist von der Beschwerde des Bischofs die Rede 'in causis pecuniariis' nicht 'reservatis legibus' gerichtet worden zu sein (?). — 3, 7 ⟨(J. 1211)⟩. Es heißt von der Folterung des Diakons Demetrius: 'contra canones ac leges in Demetrio diacono eius aliisque personis crudelis atque dolosa discussio' (Nov. 90, 1, 1). — 3, 8 ⟨(J. 1212)⟩. Berufungsverfahren in Sachen eines in erster Instanz verurteilten Bischofs: 'quod si alias, quam de eo aestimatum est, synodali fuerit inquisitione compertum, necesse est, ut et criminatores iusti districtionem iuris exhorreant' (vgl. etwa C. 1, 3, 32, 8). — 3, 37 (J. 1242). An Libertinus, den Praetor Siciliae. Ein Jude hat zahlreiche Christen zu seinem Glauben verleitet. 'Sed et Christiana, ut dicitur, mancipia comparavit et suis ea obsequiis ac utilitatibus deputavit'. Adressat soll dagegen einschreiten. 'Mancipia autem Christiana, quaecumque eum comparasse patuerit, ad libertatem iuxta legum praecepta sine ambiguitate perducite'. (C. 1, 3, 54, 8. 1, 7, 5. 1, 10.) — 3, 40 (J. 1245). An den Notar Pantaleon. Ein Kleriker ist aus der

mehr ist in einer sehr großen Zahl von Briefen, die Rechtsfragen erörtern, eine Fülle juristischer Weisheit auf dem Boden eines positiven Rechts entfaltet, das kein anderes Recht sein kann und nachweislich kein anderes Recht ist[2]), als das Justinianische.[3])

---

[1]) Erfaßt und ausgesprochen ist dies bereits von Hinkmar (Migne CXX VI 157) in den Worten: unde et sanctus Gregorius commonitoria ad Ioannem defensorem et ad alios etiam ex integro de legalibus edictis condiderat. Savigny II 275—277 nimmt, abgesehen von Reg. 9, 197, nur auf das Kommonitorium Bezug. — [2]) 3, 64 ist die Rede von einem Gesetze des Kaisers Mauricius des Inhalts 'ut nullus qui actionem publicam egit, nullus qui optio vel manu signatus vel inter milites fuit habitus, ei in monasterio converti liceat, nisi forte si militia eius fuerit expleta'. Es wird hinzugefügt: quam legem primum, sicuti dicunt qui leges veteres noverunt, Iulianus protulit, de quo scimus omnes, quantum Deo adversus fuit. Von einem Gesetze Kaiser Julians mit dem angegebenen Inhalt ist sonst nirgends die Rede. — [3]) Ich gebe im folgenden eine Übersicht über eine Anzahl Briefe — darunter auch der Sammlung angehörige, die nicht von Gregor selbst herrühren, — die durch ihre Benutzung der Rechtsquellen ein besonderes Interesse beanspruchen. Die Adressaten der Briefe gehören, falls nichts anderes vermerkt ist, dem Klerus (Bischof Diakon Subdiakon) oder dem Mönchsstande an. Allegate finden sich auch in Ausgaben des Registers, so insbesondere in der der MG. — 1, 9 (J. 1076). Eigentumsansprüche der Ecclesia Romana verjähren nach 40 Jahren (Nov. 111 u. 131, 6). — 1, 16[a] ((fehlt bei Jaffé)) Brief der Istrischen Bischöfe an Kaiser Mauricius. 'Quod etiam sacratissimis legibus vestris statutum est, nullum posse iudicem esse in causa, qua adversarius comprobatur' (C. 3, 5, 1). — 1, 46 (J. 1116). An den Dux Sardiniae. Eine Mutter will das Testament des Sohnes anfechten. Sie soll dann die Piae causae, wie die 'iuris ratio' ihnen Wohlwollen bezeigt, begünstigen ('ut piis se causis salva iustitia libenter accomodet, et quicquid his iuris ratio benigne tribuit, iubeat custodiri') (z. B. C. 1, 3, 45; Nov. 131, 11 u. 12). — 1, 53 (J. 1123) 'indecens esse credimus, ut progeniti ex libera muliere filii ad servitium retrahantur'. Die Mutter, 'per epistolam manumissa', hatte die Kinder in der Ehe geboren (z. B. J. 1, 3 pr.). — 1, 66 (J. 1135). Kleriker hatten Kirchengeräte verkauft; der Erwerber, der Kraft der Gesetze uneingedenk ('oblitus vigorem legum, praesumpsit sacra comparare cymilia'), soll durch den Iudex provinciae auf Rückgabe verklagt werden (C. I. 2, 1, 8; C. 1, 2, 21; Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 1, 69 (J. 1138) 'femina pro eo, quod post acceptas sponsalitias arras ex Iudea ad Christianam religionem conversa est, dicitur sustinere molestiam'; falls ihre Sache bereits abgeurteilt sei ('dicta' 'finita' 'iudicata'), dürfe nicht von neuem eine Querel gegen sie erhoben werden. 'Sed quae iudicata sunt modis omnibus conserventur' (Res iudicata). — 2, 6 (J. 1157).

Von den Hebräern: 'sed sicut Romanis vivere legibus permittuntur, annuente iustitia actos suos ut norunt nullo inpediente disponant. Eis tamen Christiana mancipia habere non liceat' (C, 1, 9, 6 pr., C. 1, 10). — 2, 9 (J. 1158). Bedingung für die Konsekration der von Januarius gestifteten Basilika: 'donatione . . legitima . . quae omnia diligenter inquire, ut si eorum quae offeruntur redituum quantitas, vel quae tempore mortis reliquerit sartis tectis et luminaribus nec non alimoniis servientium, annua possunt praestatione sufficere, ipsa munificentia gestis municipalibus alligata'. Für die Ausführung haften der Bischof und seine Erben (C. 1, 2, 15; Nov. 67, 2). — 2, 15 (J. 1167). Erfordernis der Konsekration eines Oratorium: 'percepta primitus donatione legitima, id est, totius facultatis eius, excepta familia, mobilem vel inmobilem seseque moventem uncias octo, retento sibi usufructu diebus vitae suae, gestisque municipalibus alligatam, praedictum oratorium absque missis publicis sollemniter consecrabis' (Nov. 67, 2; Nov. 131, 7 pr.). — 2, 29 (J. 1182). An Stephanus Cartarius Siciliae: 'contra praecepta Dominica contraque canonum regulam commissa esse didicimus'. Es sind zwei Mönche flüchtig geworden: sie sollen zurückgegeben werden (Nov. 123, 42, 1). — 3, 5 (J. 1209). 'Sicut in iudiciis laicorum privilegia turbare non cupimus, ita eis praeiudicantibus moderata te volumus auctoritate resistere. Violentos namque laicos coercere non contra leges est agere, sed legi ferre subsidium. — 3, 6 (J. 1210). In einer Kriminalsache gegen Bischof Adrian wird der Diakon Demetrius, von dem der Richter ein belastendes Zeugnis erwartet, seines Honors entsetzt und dem Proconsul provinciae zur Folterung übergeben, indessen ohne Erfolg; von dem Richter, der darauf eine Verurteilung ausspricht, heißt es: protulit . . sententiam, quae licet non esset appellatione suspensa, contra leges canonesque prolata ipsa non poterat iure subsistere . . ex abundanti et appellationem (tibi) constat esse porrectam . . sententia ut diximus nequaquam canonibus neque legibus subsistente (Nov. 90, 1, 1). In demselben Brief ist von der Beschwerde des Bischofs die Rede 'in causis pecuniariis' nicht 'reservatis legibus' gerichtet worden zu sein (?). — 3, 7 ⟨(J. 1211)⟩. Es heißt von der Folterung des Diakons Demetrius: 'contra canones ac leges in Demetrio diacono eius aliisque personis crudelis atque dolosa discussio' (Nov. 90, 1, 1). — 3, 8 ⟨(J. 1212)⟩. Berufungsverfahren in Sachen eines in erster Instanz verurteilten Bischofs: 'quod si alias, quam de eo aestimatum est, synodali fuerit inquisitione compertum, necesse est, ut et criminatores iusti districtionem iuris exhorreant' (vgl. etwa C. 1, 3, 32, 8). — 3, 37 (J. 1242). An Libertinus, den Praetor Siciliae. Ein Jude hat zahlreiche Christen zu seinem Glauben verleitet. 'Sed et Christiana, ut dicitur, mancipia comparavit et suis ea obsequiis ac utilitatibus deputavit'. Adressat soll dagegen einschreiten. 'Mancipia autem Christiana, quaecumque eum comparasse patuerit, ad libertatem iuxta legum praecepta sine ambiguitate perducite'. (C. 1, 3, 54, 8. 1, 7, 5. 1, 10.) — 3, 40 (J. 1245). An den Notar Pantaleon. Ein Kleriker ist aus der

Gefangenschaft losgekauft worden. Die hieraus auf ihm lastende Schuld soll von der Kirche getilgt werden (I. 2, 1, 8; C. 8, 50, 2). — 3, 42 (J. 1246). Es ist von der schweren Strafe des Gesetzes bei Stuprum die Rede (I. 4, 18, 4). — 4, 6 (J. 1277). 'Cypriano diacono nostro et rectori Siciliae. Eine 'Nobilis mulier' ist ins Kloster getreten: 'resque suas omnes quas habere potuit licet iure potuissent competere, tamen eidem monasterio in quo ingressa est etiam specialiter donationis titulo contulisse' (Nov. 5, 5; Nov. 123, 38). — 4, 9 (J. 1281). Sklaven und Sklavinnen von Juden sollen, wenn sie um ihres Glaubens willen sich in die Kirche flüchten, ihrem Herrn weder ausgeliefert noch abgekauft werden. 'Sed quilibet Iudaeorum servus ad venerabilia loco fidei causa confugerint, nullatenus eum patiamini praeiudicium sustinere'. Des weiteren soll Adressat nach Vorschrift der Gesetze Sorge tragen, daß die letztwillige Stiftung eines Klosters zur Ausführung komme, bezw. den für die Ausstattung gesetzten Betrag prüfen (C. 1, 3, 54, 8 und C. 1, 10; Nov. 67, 2 und Nov. 131, 10 u. 12). — 4, 10 (J. 1280). Die Erben sollen den testamentarisch verordneten Bau eines Klosters innerhalb Jahresfrist zur Ausführung bringen (Nov. 131, 10). — 4, 17 (J. 1288). 'Qualiter succurrendum sit redemptionibus captivorum, et sanctorum canonum et mundanarum legum sanctio evidenter edocuit' (I. 2, 1, 8; C. 1, 2, 21 u. 1, 3, 48; Nov. 7, 8 u. Nov. 115, 3 u. Nov. 120, 10). — 4, 21 (J. 1293) 'ut secundum piissimarum legum tramitem, nulli Iudaeo liceat Christianum mancipium in suo retinere dominio. Sed si qui penes eos inveniuntur, libertas eis tuitionis auxilio ex legum sanctione servetur.' Es heißt dann weiter: Hi vero qui in possessionibus eorum sunt, licet et ipsi ex legum districtione sint liberi, tamen quia colendis terris eorum diutius adheserunt, utpote conditionem loci debentes, ad colenda quae consueverant rura permaneant, pensiones praedictis viris praebeant, cuncta quae de colonis vel originariis iura praecipiunt peragant (C. 1, 3, 54, 8 u. C. 1, 10 u. C. 11, 48). — 4, 26 (J. 1298). Erfordernisse in der Person des als Kleriker zu Ordinierenden. Quaerendum quoque est, ne fortasse fuerit bigamus. Videndum etiam, ne sine litteris, aut ne obnoxius curiae compellatur post sacrum ordinem ad exactionem publicam redire'. (Nov. 6, 4 u. 5; Nov. 123, 12 u. 15). — 4, 32 (J. 1304). An Pantaleon Praefectus praetorio Africae. 'Hereticorum nefandissimam pravitatem qualiter lex persequatur instantius, excellentiae vestrae non habetur incognitum. Hi ergo quos et fidei nostrae integritas et legum damnat districtio mundanarum . .' (C. 1, 5). — 4, 36 (J. 1307). Dem Sohne eines ab intestato verstorbenen Bischofs soll sein im Nachlaß befindliches mütterliches Erbe und von dem väterlichen Vermögen, was vor Antritt des Episkopats erworben ist, in Höhe seines Anteils von der Kirche ausgeantwortet werden (C. 1, 3, 41, 5—7; Nov. 131, 13). — 4, 43 (J. 1315). An den Defensor Fantinus. Die Gläubiger des Cosmas sollen wegen Fruchtlosigkeit weiterer Schritte sich mit Prozenten begnügen und zwar aus zwei Gründen. Einmal: lex habet, ut homo liber pro debito nullatenus

teneatur, si res defuerint, quae possint eidem debito addici. Sodann: quia filium eius, quem tenere dicuntur secundum leges tenere non possunt (C. 4, 10, 12; Nov. 134, 7). — 5, 25 (J. 1338). An den Notar Castorius. Adeodatus hat den Thomas, 'filio atque vernaculo suo heredibus institutis', zum Tutor eingesetzt unter der folgenden Bedingung: ut, si forte heredes ipsius in pupillari aetate de hac vita transirent, omnis eius substantia per manus antedicti tutoris debuisset pauperibus erogari. Da nach Erfüllung der Bedingung dem Thomas Hindernisse in den Weg gelegt werden, soll Adressat dafür sorgen, daß die Ausantwortung an die Piae causae stattfindet ('ut ea quae mercedis intuitu piis causis relicta sunt te concurrente sine cuiusquam possint impedimento compleri') (C. 1, 3, 48, 1). — 6, 1 (J. 1380). Von dem Vorgänger des Adressaten, Bischof von Ravenna, heißt es: condito testamento diversa in ecclesiae suae gravamine conscripsisse. Die Erbschaft ist allerdings ausgeschlagen worden ('hereditas ipsius successioque repudiata est'). Es wird dann das Folgende eingeschärft: ut ea quae de ecclesiae suae vel de adquisitis in episcopatu rebus contra legum fieri statuta disposuit, fraternitas vestra nec praebeat nec aliqua in his ratione consentiat. Siquid autem de propriis rebus, quas ante episcopatum habuit, quod quidem prius ecclesiae suae non contulit, fieri voluit vel decrevit, firmum per omnia robur optinere necesse est (C. 1, 3, 41, 5—7; Nov. 131, 13). — 6, 12 (J. 1391). Es heißt von der Freilassung der Sklaven: (si) homines, quos ab initio natura liberos protulit et ius gentium iugo substituit servitutis, in ea qua nati fuerant manumittentis beneficio libertate reddantur. Der Papst erklärt dann in dem an die Kirchensklaven Montana und Thomas gerichteten Briefe sie für frei und überläßt ihnen ihr Peculium ('liberos ex hac die civesque Romanos efficimus omneque vestrum vobis relaxamus peculium). Montana, die Nonne werden will, erhält zugunsten ihres Klosters, was ihr von einem Presbyter, dem Manne ihrer Mutter, durch Erbeinsetzung zugewiesen ist, Thomas hingegen außer dem testamentarisch Hinterlassenen die der Mutter gemachte Eheschenkung ('quinque uncias, quas ... presbyter per ultimam voluntatem hereditario tibi nomine dereliquit, simul et sponsalia, quae matri tuae conscripserat'). Beim Tode des Thomas ohne eheliche Deszendenz soll dies der Kirche zukommen. 'Si autem filios de coniuge ... cognitos lege .. superstites reliqueris, ... testamenti de his faciendi liberam tibi tribuimus facultatem (I. 1, 3, 2 u. 1, 5 pr.). — 6, 29 (J. 1409). Adressat soll einschreiten, sobald ein jüdischer oder heidnischer Sklave Christ werden will: 'nec hunc sub quolibet ingenio vel argumento cuipiam Iudaeorum venundandi facultas sit, sed is qui ad christianam converti fidem desiderat defensione vestra in libertatem modis omnibus vindicetur'. Gesetzesunkundige glauben freilich, daß dies nicht für heidnische Sklaven gilt ('.. nec legum statuta suptili scientes discretione pensare in paganis servis hac se non arbitrantur condicione constringi') (C. 1, 3, 54, 8—10 u. C. 1, 10). — 6, 30 (J. 1410). Es ist die Rede von dem gesetzwidrigen

Sachverhalt ('Res ... legibus inimica'), daß „Samaräer" heidnische Sklaven gekauft und beschnitten haben. Adressat soll sie 'in libertatem' vindizieren, ohne Erstattung des Preises an die Erwerber, die auch andere Strafe trifft (C. 1, 3, 54, 8 u. C. 1, 10). — 6, 33 (J. 1415). 'Et legum ratio et aequitas ammonet naturalis, ut, quisquis hereditatem aut rennuit aut parentum successione se abstinet, hereditaria non debeat onera sustinere'. Falls es daher von der Frau des Sinceris feststeht, daß sie sich der Erbschaft enthalten habe ('in qualibet re eius se substanciae minime miscuisse'), soll sie auch nicht von den väterlichen Gläubigern zur Zahlung gedrängt werden. — 7, 1 (J. 1447). Es heißt mit Bezug auf eine Frau: 'maritus suus ..., ob hoc, quod de servili fuerat condicione pulsata, a suo noscitur removisse consortio, ... si probare se liberam ... valuisset, suo eam vos coniugi reformare, fraternitas vestra cognoscat' (Nov. 123, 12). — 7, 13 (J. 1459). 'Sicut reprehensibile et ultione dignum est sacrata quemquam vasa praeter in his quae lex et sacri canones praecipiunt venundare, ita nulla est obiurgatione vel vindicta plectendum, si pietatis causa pro captivorum fuerint redemptione distracta. Quia ergo ... comperimus ad redemptionem mutuam fecisse pecuniam et eam unde solvere non habere atque ob hoc cum nostra vos auctoritate sacrata velle vasa distrahere, in hac re, quia et legum et canonum decreta consentiunt, nostrum consensum praebere curavimus et in distrahendis sacratis vasis vobis licentiam indulgemus' (I. 2, 1, 8; C. 1, 2, 21; Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 7, 20 (J. 1466). 'decreta legalia desponsatam, si converti voluerit, nullo omnino censuerunt damno multari'. Hat daher der Sponsus Vermögen des Mädchens hinter sich, so soll er es unverzüglich herausgeben (C. 1, 3, 54, 2). — 7, 21 (J. 1467) ... 'nobis innotuit quattuor fratres suos de captivitate a Iudaeis redemptos esse atque eos nunc Narbonae in eorundem Iudaeorum servitio detineri, ... omnino grave execrandumque est Christianos esse in servitio Iudaeorum' (C. 1, 3, 54, 8 u. C. 1, 10 u. C. 8, 50). — 7, 35 (J. 1481). 'Et sacrorum canonum et legalia statuta permittunt ministeria ecclesiae pro captivorum esse redemptione vendenda' (I. 2, 1, 8. C. 1, 2, 21. Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 7, 36 (J. 1482). Weisung an den Bischof Johannes, in einem Grenzstreite zweier Abteien Schiedsrichter zu sein: 'XL tamen annorum utraeque parti praescriptione servata' (Nov. 111 und Nov. 131, 6). — 8, 3 (J. 1490). 'Filius noster Faustinus vir eloquentissimus ad nos veniens questus nobis est, quod pater eius quondam Peltrasius aliqua vestrae ecclesiae sepulturae suae gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem, quid de hac re saeculi leges habeant, et ipse novit et nos audivimus: quia heres ad solvendum cogitur, si auctor eius vel aliena legaverit' (I. 2, 20, 4. C. 6, 34, 10). — 8, 20 (J. 1508). 'Sed si de statu (eius) quaestio perseverat, studii vestri sit, ut sine oppressione aliqua legali modo ad iudicium veniatur, quatenus, dum veritate cognita quod iuris ordo suaserit fuerit definitum, neutra se pars aliquod doleat praeiudicium pertulisse'. — 8, 21 (J. 1509). Felix, ein christlicher Sklave, wurde einem Samaräer geschenkt, ob-

schon dies nicht anging ('dum huiusmodi superstitionis homines christiana quolibet modo mancipia possidere nec ratio legis nec reverentia religionis admittat'). . Nach achtzehnjähriger Knechtschaft wird er durch die Kirche befreit. Der Sohn des Samaräers ist Christ geworden, beansprucht indessen den Felix ohne Grund (C. 1, 3, 54, 8—10 u. C. 1, 10; Nov. 144). — 8, 25 (J. 1514). 'Sicut Iudaeis non debet esse licentia quicquam in synagogis suis ultra quam permissum est lege praesumere, ita in his quae eis concessa sunt nullum debent praeiudicium sustinere' (C. 1, 9. Nov. 146). — 8, 32 (J. 1521). 'Nec mundanarum legum nec sacrorum canonum statuta permittunt res monasterii de iure eius quolibet titulo segregari' (I. 2, 1, 8. C. 1, 2, 21. Nov. 7 praef. 1 u. 5; Nov. 120, 11). — 9, 35 (J. 1559). An den Defensor Fantinus. Ein Legat zugunsten eines Xenodochium soll unverweilt von dem Beschwerten entrichtet werden, bei Gefahr der mit dem Verzug verbundenen gesetzlichen Folgen ('sine aliqua difficultate quae sunt disposita implere festinent, ne, si amplius adhuc neglegendum putaverint, iam iram Dei de legibus venientem, quam huiusmodi dispositionem implere differentes merentur, incurrant') (I. 3, 27, 7 u. 4, 6, 19. C. 1, 2, 23; C. 1, 3, 28 u. 44 pr. 1. Nov. 131, 11 u. 12). — 9, 36 (J 1560). Theodora beschwert sich über ihren Sohn und dessen Schwiegervater: 'deceptum se, ut omnes res suas tempore nuptiarum eidem filio suo donationis titulo legaret, et nunc se ab eis valde despici . . . Sed et providere studii tui sit, ut in id quod se deceptam queritur et legaliter valeat subveniri'. — 9, 38 (J. 1562). An den Defensor Fantinus. 'sicut illis (Iudaeis) quicquam in synagogis suis facere et . . . ultra, quam lege decretum est, non debet esse licentia, ita eis contra iustitiam et aequitatis ordinem nec praeiudicium nec aliquod debet inferri dispendium' (C. 1, 9, 18, 1 u. 2; C. 1, 9). — 9, 40 (J. 1564). An den Defensor Fantinus. Nach Veräußerung der Güter des verschuldeten Nostamnus von seiten der römischen Kirche und anderer Gläubiger ist der Schuldschein ('obligationis chirographum') bei dem Defensor zurückgeblieben: er soll restituiert werden — 9, 41 (J. 1565). An Felix Siciliae. . . . 'legali provisione decretum est tam momenti quam proprietatis causam in uno eodemque iudicio debere cognosci' (I. 4, 15, 4). — 9, 42 (J. 1566). Felix hat sich über die Actionarii des Adressaten beschwert: 'actionarios possessiones quas tenuerat inlicite et contra iuris ordinem pervasisse petens ablata sibi restitui'. Der Papst gibt den folgenden Bescheid: quid legalis ratio habeat, non nescitis, oportet, ut omni mora postposita actores vestrae ecclesiae deputetis, ut cum eo debeant eligere cognitores, qui tam momenti quam principalis rei quaestionem cognoscere valeant et finire (I. 4, 15, 4). — 9, 48 (J. 1574). An den Defensor Romanus. 'Quamvis ea quae ad ecclesiae iura perveniunt alienari legis ratio non permittat, temperanda tamen interdum censura districtionis est, ubi misericordiae respectus invitat'. Stephania, Mutter des Callixenus, verlangt für ihren Sohn ein Besitztum zurück, das ihre Schwiegermutter bezw. die Großmutter ihres Sohnes, Mammonia, der

Kirche geschenkt hat, und zwar mit der folgenden Motivierung: asserens memoratam Mammoniam alienandi eam non habere licentiam, sed antefati Callixeni filii sui per omnia iuris esse (I. 2. 1, 8. C. 1, 2, 21. Nov. 7 praef. 1 u. 5; Nov. 120, 11). — 9, 52 (J. 1582). 'Et sacrorum canonum statuta et legalis permittit auctoritas licite res ecclesiasticas in redemptione captivorum impendi' (I. 2, 1, 8. C. 1, 2, 21. Nov. 7, 8 u. 120, 10). — 9, 89 (J. 1614). Die Erbin des Comitiolus ist beschwert mit einem Legat von zwei Unzen an zwei seiner Freigelassenen; sie weigert Zahlung und droht mit einer Status quaestio. Auch die zwei Unzen, die der Ecclesia sancti Georgii vermacht sind, sollen gezahlt werden: 'nam sacrilegium et contra leges est, si quis quod venerabilibus locis relinquitur pravae voluntatis studiis suis temptaverit compendiis retinere'. — 9, 90 (J. 1615). An den Felix Siciliae. 'iudicium, in quo una eademque cognitione et proprietatis valeat causa distingui' (I. 4, 15, 4). — 9, 91 (J. 1616). Streit zwischen der Kirche von Syrakus und Felix, der sich über gewaltsames Eindringen von Leuten der Kirche beschwert ('quarumdam possessionum suarum fines ab hominibus ecclesiae vestrae violenter esse pervasos'). Es müßte ein Prozeß über die Besitz- und Eigentumsfrage stattfinden ('iudicium . . ., et momenti et proprietatis valeat quaestio terminari'). Da jedoch Felix eine Vergleichs- und Urteilsurkunde, mit Bezeugung der Besitzübertragung, vorlegt ('scedam compromissi ac iudicati protulit, ubi legebatur possessionem eam . . . ex iudicio restitutam'), so soll, seitens der Kirche von Syrakus, vorbehaltlich der Entscheidung im Eigentumsprozeß, der Besitz zurückerstattet werden ('manente scilicet proprietatis . . . quaestione'). — 9, 104 (J. 1629) . . . 'quotiens novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut multa dispendiis praeterita non condemnet (C. 1, 14, 7). — 9, 112 (J. 1638). An den Defensor Sergius. Von dem Oheim der Schwiegermutter des abwesenden Pantaleon heißt es: 'nullo alio proximiore existente obisse intestatus et sine filiis memoratur . . . si ita est, lex praedictam mulierem ab intestati avunculi successione vocare dinoscitur'. In Abwesenheit des in kirchlichen Angelegenheiten beschäftigten Pantaleon sollen vom Papst beauftragte Personen ein Inventar ('breve') aufnehmen (Nov. 118, 3, 1). — 9, 142 (J. 1657). Ein Bischof hat testamentarisch zu acht Unzen seine Schwiegertochter, auf den Rest seine Kirche zu Erben eingesetzt. 'Quicquid vero vel ante ecclesiae ipsius esse cognoveris vel in episcopatus ordine praedictum episcopum adquisisse, in eiusdem ecclesiae dominio conservetur, ne quisquam exinde aliquid usurpare, qualibet occasione praesumat' (C. 1, 3, 41, 5—7. Nov. 131, 13). — 9, 145 (J. 1671). An den Defensor Romanus. Nach Restitution des entzogenen Besitzes bleibt das Petitorium ('ut, cuius sit proprietas, iudicantium sententia decernatur, quatenus per hoc episcopalis de inlicita quae praetenditur invasione auferatur invidia et causa legali valeat ordine definiri'). — 9, 146 (J. 1672) 'si . . . contra iuris ordinem fines ipsius a possidente sublati sunt, in possessoris redeat res pervasa dominio. Tunc si quid est, quod . . . proprie-

tatis iure utiliter opponatur, electorum debet ... iudicio terminari, dum modo indecenter possessoris ius minime perturbetur'. — 9, 194 (J. 1721). An den Defensor Scolasticus. 'sacris canonibus et legibus esse noscitur definitum, ut in his quae antistes episcopatus tempore adquisierit, non alius nisi sola accedat ecclesia' (C. 1, 3, 41, 5—7. Nov. 131, 13). — 9, 195 (J. 1722) 'sicut legalis definitio Iudaeos novas non patitur erigere synagogas, ita quoque eos sine inquietudine veteres habere permittit' (C. 1, 9, 18, 1 u. 2; C. 1, 9). — 9, 197 (J. 1724). 'Quia ingredientibus monasterium convertendi gratia ulterius nulla sit testandi licentia, sed res eorum eiusdem monasterii iuris fiant, aperta legis definitione decretum est'. Dennoch hat die Äbtissin Syrica testiert und Legate hinterlassen. Unzulässig ist die Berufung darauf, daß sie keine Nonnenkleidung angelegt habe: denn nach vorgängiger rechtlicher Prüfung ('necessarium visum est tam cum consiliariis nostris quam cum aliis huius civitatis doctis viris, quid esset de lege, tractare') ist man zu der Überzeugung gelangt, daß das Vermögen dem Kloster gehört, sobald der Eintritt erfolgt ist. Wenn daher der Besitz in Händen eines Xenodochium aus einem Vermächtnis jener Äbtissin herrührt, nicht aus einem Geschäft ('nullo praecedenti contractu') soll er dem Kloster zurückgegeben werden: stützt er sich hingegen auf ein solches, so soll Adressat nach Maßgabe der Gesetze entscheiden ('quod legalis suaserit ordo') oder sollen von beiden Parteien erwählte Schiedsrichter den Tatbestand untersuchen. 'Alia igitur omnia quae ex testamento praenominatae Syricae detinentur, quippe quod nullum esse legali sanctione permittitur, necesse est, ut iure monasterii fraternitatis vestrae sollicitudine sacerdotali per omnia studio separentur, quia imperiali constitutione aperte sancitum est, ut ea quae contra leges fiunt non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda sint' (C. 1, 14, 5, 1. Nov. 5, 4; Nov. 76, 1; Nov. 123, 38). — 9, 204 ⟨(J. 1731)⟩ 'Indicatum etiam nobis est, quod laicis quibusdam curam vestri patrimonii committentes postmodum in rusticorum vestrorum depraedationibus atque per hoc exfugationibus fuerint deprehensi et reddere res ... postponant vobisque despliciant actuum suorum reddere rationem ... Et quicquid in eis fuerit fraudis inventum, cum poena legibus statuta reddere compellantur. — 9, 214 ⟨(J. 1754)⟩ 'Si in rebus saecularibus suum cuique ius et proprius ordo servandus est' (I. 1, 1 pr.). — 10, 1 (J. 1768). An den Defensor Siciliae. 'quicquid, postquam ab abbatis est remotus officio, comparavit vel quolibet titulo adquisivit, libera illi tollendi facultas sit ... Si quid autem, dum adhuc illic abbatis fungeretur officio, adquisivit, non suum, sed monasterii ipsius esse cognoscat'. — 10, 17 (J. 1786). 'Si qui eorum de quibus est quaestio in ecclesia fortasse refugerint, ita debet causa disponi, ut nec ipsi violentiam patiantur nec hi qui dicuntur oppressi damna sustineant. Curae ergo vestrae sit, ut eis sacramento ab his quorum interest de servanda lege et iustitia promittatur et per omnia commoneantur exire atque suorum actuum reddere rationem (C. 1, 12, 6). — 11, 15 ⟨(J. post n. 1798)⟩. Probus hat über sein

Wie weit sich Gregor dabei juristischen Beirats bedient hat, läßt sich nicht sagen: nur ganz vereinzelt ist dessen ausdrücklich gedacht[1]), wie er auch gelegentlich seine Peten-

---

Vermögen noch nicht verfügt, als er eines Tages gezwungen wird, die Stelle eines Abtes zu übernehmen ('onera abbatis debuissem suscipere'; ...'cum monachis ambulare coactus sum'). Er klagt dann: cunctis notum est, quia illos legalis sanctio quicquam de substantia sua prohibet, postquam monasterium ingressi fuerint, ordinare, quibus disponendarum rerum suarum suppetit ante licentia, non autem eos quos ad hoc quod numquam tractaverant praepositorum suorum parere cogit instantia, quia, sicut legis voluntas hoc ex deliberatione facientibus contradixit, ita eis qui compelluntur maiore, succurrit. Nunmehr erhält er die Verfügungsfähigkeit wieder: universas res tuas alienandi vel, ut volueris, disponendi liberam tibi per huius constituti nostri tribuimus statuta licentiam, per quae eam te in disponendis eis, ut tibi placuerit habere noveris facultatem, quam habere poteras, antequam monasterium introires (D. 4, 2 u. 2, 19. Nov. 76, 1). — 11, 27 (J. 1817). An Theoctista. 'Si enim dicunt religionis causa coniugia debere dissolvi, sciendum est, quia, etsi hoc lex humana concessit, lex tamen divina prohibuit' (Nov. 123, 40). — 11, 30 (J. 1820). An den Notar Adrianus. 'Si vero ...nec quoddam fornicationis crimen, propter quod viro licet uxorem relinquere, praedictam mulierem commisisse cognoveris .., mundana lex praecipit conversionis gratia utrolibet invito solvi posse coniugium, divina haec lex fieri non permittit (Nov. 117, 8 u. 123, 40). — 11, 56a (J. 1843). — 'Et quidem terrena lex in Romana republica permittit, ut sive fratris et sororis seu duorum fratrum germanorum vel duarum sororum filius et filia misceantur' (I. 1, 10, 4. C. 5, 4, 19). — 12, 14 (J. 1864). 'Nulli est dubium, quia, sicut sacerdotibus res in episcopatu adquisitas nulla est alienandi licentia, ita de eis quas ante habuerint quicquid iudicare voluerint, non vetantur' (C. 1, 3, 41, 5—7. Nov. 131, 13). — 13, 5 (J. 1869). Ein Mönch wünscht eine vor seinem Eintritt ins Kloster gemachte Schenkung schriftlich zu bekräftigen: quia non novum aliquid facere, quod lege est vetitum, sed dudum factum videris exprimere et salubriter amputandi causa litigii litterarum memoriae servanda deponere.

[1]) 1, 42 (J. 1112). 'Felix conductor domnae Campanae' war von Saturninus als 'liber atque indiscussus' zurückgelassen worden. 'Sed scolastici dixerunt, quia de fraudibus indiscussus esse non potest'. 9, 197 handelt es sich darum, ob schon die Ordination als Äbtissin, ohne Anlegung der Vestis monachica, den Übergang des Vermögens auf das Kloster bewirke. Hierzu heißt es: 'necessarium visum est tam cum consiliariis nostris quam cum aliis huius civitatis doctis viris, quid esset de lege, tractare'. Die Entscheidung der Befragten lautet ('Qui tractantes responderunt'), daß mit der Ordination und nach der

ten in Rechtsfragen auf Einholung des Rats bei den Sachverständigen verweist.[1]·([2])

. . . .

---

vieljährigen und bis zu ihrem Lebensende andauernden Leitung des Klosters das Vermögen 'manifesto iure' auf das Kloster übergegangen sei.

[1]) 12, 16 ist gesagt, daß der Adressat, ein Bischof, mit Zuziehung zweier anderen Bischöfe, einen Rechtsstreit entscheiden solle. Darauf heißt es: 'si vero aliqua ex lege vobis ad proferendam sententiam fuerit nata dubietas, sapientem virum et quem nostis Dei timorem habere prae oculis, requirite, ut ab eo, quid sit legitimum, informati, nullam reprehensionem vestrae definitionis valeat calculus sustinere'. 2, 38 heißt es: de causa autem filii suprascripti, si scolasticos consuluisti et non sunt legibus iusta quae repetit. — [2]) ⟨Für den Rest des zweiten Kapitels sind teilweise Vorarbeiten vorhanden; ungedruckte zu Ausg. 1 S. 10—14, 16 oben, 19, 22—23 im Nachlaß Nr. III; Mitteilungen daraus vorbehalten; gedruckte zu S. 16 unten — S. 18 in Conrats Abhandlung: „Römisches Recht bei Papst Nicolaus I.", NA. 36 (1911) 719—727, daselbst S. 723[3] auch zu S. 14 unten, ferner zu S. 23—25 in: „Über eine Quelle der römischrechtlichen Texte bei Hincmar von Rheims", NA. 24 (1899) 349—357.⟩

III.

Über die Consultatio.

Kritisches Referat über eine unvollendet hinterlassene Arbeit

von

Max Conrat (Cohn) (†),

erstattet von

Herrn Dr. **Hermann U. Kantorowicz.**

Vorbemerkung des Referenten.

Das nachstehende Referat bezieht sich auf das Fragment einer Einleitung zu einer Textrestitution der sog. Consultatio veteris cuiusdam iureconsulti. Die im Herbst 1911 entstandene Arbeit, die letzte aus Conrats Feder, war für die Mélanges P.-F. Girard bestimmt, und hing mit seinen Arbeiten an der 2. Ausgabe seines Hauptwerkes zusammen (s. diese Zeitschrift 33 [1912] 468); doch ist nur eine Vorarbeit, das im Nachlaßinventar unter Nr. XIX (s. diese Zeitschrift 33, 480) aufgeführte Wortverzeichnis, beendet worden (jetzt Freiburg U.-B., Signatur: Conrats Nachlaß). Die Einleitung hat Conrat undruckfertig und unvollständig hinterlassen und zwar in einer ersten Niederschrift von 33 Bl., die zu Beginn der Erörterung der Entstehungsverhältnisse abbricht, und einer zweiten Niederschrift von 9 Bl., die Bl. 1—6 der ersten Niederschrift entsprechen und sich von dieser dadurch unterscheiden, daß zwei Verfasser der Consultatio angenommen werden (jetzt ebenfalls Freiburg U.-B., Conrats Nachlaß Nr. II). Unter diesen Umständen verbot sich eine Drucklegung des Ganzen; es mußte bei einem ausführlichen Referat sein Bewenden haben. Dabei habe ich alles irgendwie Beachtliche ausgezogen, kleine Lücken in Zitaten und dgl. ausgefüllt, sämtliche tatsächlichen Angaben auf Richtigkeit und Vollständigkeit hin geprüft, offenbar Unrichtiges stillschweigend beiseite gelassen oder gebessert. Ich habe außerdem geglaubt, das Referat mit ausführlichen Noten, sämtlich von meiner Hand, versehen zu dürfen; diese berücksichtigen teils die noch heute erwähnenswerte Literatur, teils sind sie kritischer und ergänzender Natur. Es leitete mich bei diesem Verfahren, das einer abgeschlossenen Arbeit gegenüber unzulässig gewesen wäre, teils das Bestreben, das — wenn auch bescheidene — Verdienst der Arbeit Conrats gegenüber

dem bisherigen Wissen und damit die Berechtigung dieses Referats nachzuweisen, teils die Überzeugung, daß Conrat das vom Herausgeber seiner Arbeit Beigebrachte selber gefunden haben würde, wenn es ihm vergönnt gewesen wäre, sie zu vollenden. — Herangezogen wurden folgende Schriften: G. E. H.[eimbach], Was haben die Quellen des Römischen Rechts durch die kritischen Bestrebungen der neueren Juristen gewonnen? X. Die Consultatio veteris cuiusdam iureconsulti, in: Leipziger Repertorium 3 (1843) 154—8. Rudorff, Über die Entstehung der Consultatio. Z. f. gesch. Rechtswissenschaft 13 (1846) 50—66. Huschke, Iurisprud. Anteiust. 1. Aufl. 1860, 5. Aufl. 1886, Praef. z. Ausg. der Consult. 835—8. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 1 (1885) 973—6. P. Krüger, Gesch. der Quellen, 1. Aufl. 1888, 2. Aufl. (1912) 346—8. A. Tardif, Hist. des sources du droit français, Origines romaines (1890) 75—7. Jörs, Art. Consultatio, Pauly-Wissowa 4 (1901) Sp. 1143—5. Bruns-Lenel, Gesch. u. Quellen d. röm. Rechts, Kohlers Enz. 1⁷ (1913) 379—80 Zitiert wird nach der Ausg. von Krüger, Coll. libr. iur. anteiust. 3 (1890) 203ff.

Schon der erste Editor der sog. Consultatio cuiusdam veteris iureconsulti, Cujaz, habe ursprünglich nur die Belegstellen, erst später die Erörterungen ediert, und so seien auch seitdem diese nur als der Rahmen zum Bilde jener erschienen, obwohl die Belegstellen doch zur Kenntnis einer an Überlieferung überreichen Zeit nur wenig beitrügen; die folgenden Zeilen wollten versuchen, auch für das bescheidene Werkchen des Provinzialen aus dunkler Periode der Rechtskultur Frankreichs Anteilnahme zu erwecken. Zu diesem Zwecke solle die Restitution des Textes der Schrift versucht werden; das sei freilich nur zum Teile möglich, da wir auf eine einzige Überlieferung angewiesen seien, den Druck des Cujaz nach einer für ihn hergestellten, verschollenen Abschrift der verschollenen Loyselschen Handschrift, also ein volles Jahrtausend zwischen Original und Überlieferung läge, auch Cujaz zweifellos den Text vielfach verändert habe, endlich für die Kenntnis der Sprache des Verfassers verhältnismäßig wenige Anhaltspunkte vorhanden seien.[1])

Der Zusammensetzung nach bestehe die Schrift aus zwei Reihen, cap. 1, 2, 3, 7, 7a, 8 und 4, 5, 6. Die erste Reihe

---

[1]) Immerhin bleibt es auffällig, daß Conrats Handexemplar des Ed. Krüger gar keine Konjekturen enthält, das Ms. nur einige wenige und schon von anderen vorgeschlagene, nämlich: 6, 3 defensore] et defensori; 6, 6 Idem] Item; 7a, 1 cumque] cum (?); hoc] ut (?).

charakterisiere sich als Einheit durch Verbindungsglieder (1, 3: Primoreque ... capite; 2, 1: Secundo loco; 3, 1: Tertio loco; 7a: Deinde vero; vielleicht auch 8, 1: Adde) und durch Bezugnahme, nämlich in 2, 2 — durch die Worte 'ex legum constitutione respondi' — auf die Belegstelle in 1, 9, wodurch sich Huschkes Konjektur 'respondeo' oder 'responde' erübrigt. Auch die zweite Reihe bilde eine Einheit für sich, wie sich schon aus der annähernd gleichförmigen Nennung Gottes zu Beginn jedes Kapitels ergebe.[1a]) Beide Reihen haben ursprünglich nicht zusammengehört. Denn sie haben eine verschiedene Zitierweise. Es werde nämlich die Rubrik von Paul Sent. I, 1 'de pactis et conventis' in Kap. 4 (§ 6) zitiert als 'de transact.', in Kap. 7 (§ 4. 6) als 'de pact.' bzw. 'de pact. et conventis' (freilich schwanke auch der Gebrauch in Kap. 4 selber, wo die gleiche Rubrik in § 3 zitiert wird als 'de pact. et conventionibus vel transactionibus'). Sodann würden in der zweiten Reihe die Sentenzen des Paulus nicht weniger als 15 mal zitiert und stets als 'Pauli sententiae' mit Nennung von Buchzahl und Titelrubrik (die Nennung der Titelzahl in 6, 5. 6 sei, wie schon Huschke gesehen habe, interpoliert), während in der ersten Reihe Paulus selten und schwankend, zuweilen (z. B. 3, 7; 7, 6) als 'Corpus Pauli' zitiert wird. Andere Unterschiede würden sich später ergeben.[2])

[1a]) Heimbach 155f., auf dem Huschke 838, Karlowa 973ff. (danach Tardif 75f.) fußen, will drei Reihen unterscheiden (1—3; 4—6; 7—8); doch wird dies kaum begründet, insbes. gar nicht hinsichtlich der Unzusammengehörigkeit der 1. u. 3. Reihe. In der Tat lassen sich für diese keine Gründe anführen, Methode, Sprache, Quellenkreis sind durchweg die gleichen (außer daß der Gregorianus nur in c. 1—3 erscheint). Übrigens würde aus den im Text gen. Verbindungsgliedern gefolgert werden müssen, daß die verschiedenen Gutachten der ersten Reihe demselben Quärenten erteilt sind — wenn es sich nicht dabei auch um redaktionelle Zutaten bei Gelegenheit der Veröffentlichung handeln könnte. Über c. 9, das Conrat offenbar mit der allgemeinen Meinung als Anhang ansieht, s. N. 9. — [2]) Hier bricht die zweite Niederschrift ab. Conrat ist daher nicht mehr dazu gelangt, die weiteren Unterschiede auszuführen; doch wird im weiteren Verlauf der ersten Niederschrift darauf hingewiesen, daß die erstere Reihe wirkliche, die zweite mögliche Rechtsfälle behandelt (s. dazu N. 3). Ich bringe noch folgende (bisher nicht beachtete) drei Unterschiede bei: Die erste Reihe zeigt Ausführungen in schwülstiger und aufge-

Der Schriftgattung nach bestände die Schrift aus wirklichen Gutachten auf vorgängige mündliche oder schriftliche Konsultation.[3]) Daß es sich nicht um Schuldispute oder um eine Sammlung akademischer Rechtsfälle handele, sei zwar weder durch die Entstehungsverhältnisse, noch durch die Ausstattung der einzelnen Tatbestände mit unwesentlichen Momenten ausgeschlossen; wohl aber spräche dafür, daß es sich um eine ernsthafte Befragung handelte, „die umständliche und sozusagen zögernde Art des Vortrags“ (z. B. 3, 1: interrogandum me specialius censuisti . . . addidisti etiam; 1, 1: consuluisti me utrum usw. quam tamen pactionem dicis).[4]) Es handle sich also um 'responsa' — übrigens ein Ausdruck, der in jener Zeit für jede Art juristischer Literatur gebraucht werde (vgl. die Belege in den Mélanges Fitting 2, 27ff. und außerdem Const. Sirmond. 15. 16[5]); auch die Consult. selber 5, 7). Technisch sei dagegen der Gebrauch des Wortes 'Tractatus' durch den Verfasser (7a, 5; 8, 1); denn schon Ulpian (D. 50, 13, 1, 11) unterscheide die 'advocatos . . . qui causis agendis quoquo studio operantur' von denen 'qui pro tractatu, non adfuturi causis, accipere quid solent'.[6]) Auch

regter Sprache (vgl. unten S. 54f., wo sämtliche Beispiele aus dieser Reihe entnommen sind), belegt die Ausführungen mit Gregorianus (1, 2), Theodosianus (1. 7. 7a. 8) und Paulus (3. 7), und flicht die Belegstellen den Ausführungen ein. Die zweite Reihe zeigt eine schlichte und ruhige Sprache (keinen einzigen Fragesatz!), belegt jedesmal mit Hermogenianus und Paulus, und hängt die Belegstellen den Ausführungen an.

[3]) Das Folgende trifft jedoch keineswegs für die 3 Stücke der zweiten Reihe zu. Diese Stücke halte ich allerdings überhaupt nicht für Gutachten, sondern für theoretische Abhandlungen (elementarster Art). Nirgends wird ein — wirklicher oder möglicher — Fall vorausgesetzt; das Problem ist stets ein ganz abstraktes; zu Eingang steht Invokation und Rubrik (N. 20); die Angeredeten ('debeas' 4, 2; 6, 3; 'poteris' 4, 2; 'leges' [auf das Verlesen der 'lectiones' vor Gericht bezüglich] 5, 4; 6, 6. 12. 13. 14. 17. 18. 20) wären dann keine Quärenten, sondern Rechtsschüler, angehende Advokaten. In seiner Schrift: Die Entstehung des westgotischen Gaius, Amst. 1905, S. 133 N. 334, wo er beiläufig auf die Cons. zu sprechen kommt, nahm Conrat „sechs Rechtssachen“ an. — [4]) Besonders beweisend scheint mir die Wendung 'Quod si verum est' 3, 2. — [5]) In Mommsens Theodosianus 1, 2 p. 919 Z. 6; 921 Z. 15. — [6]) Hierauf hat schon Huschke 838 hingewiesen, der jedoch irrig auch das Wort 'tractari' in 4, 1. 5, 1. 6, 1, wo vom Ver-

hier sei Konsulent nicht eine der Parteien, sondern einer der Advokaten[7]); denn von der Partei werde stets in der dritten Person gesprochen, dagegen werde dem Angeredeten geraten, wie er sich dem adversarius gegenüber verhalten (4, 2), daß er bei Gericht Stellen vorbringen (4, 2. 5) und sie genau erfassen solle (3, 4. 5. 11). Nur das letzte (9.) Kapitel trage einen anderen Charakter, da es ausschließlich aus Quellenstellen bestehe; doch würden diese (außer in 9, 17, wo ausnahmsweise die Titelzahl genannt sei) in der gleichen Weise wie in den anderen Kapiteln allegiert[8]) und dienten durchweg als Beleg für die Ausführungen der Schrift.[9]) Ausgenommen sei der ganz beziehungslose § 7, die letzte Stelle einer Reihe von Hermogenianstellen, die mit Krüger, Geschichte 282 als Nachtrag zu Hermogenian anzusehen seien; seine Aufnahme sei wohl nur Abschreiberversehen, anders Krüger, Coll. III 242[3].

Dem Inhalte nach bezögen sich die Gutachten 1. 2. 3. 7. 7a. 8 auf bereits entstandene Rechtssachen, und zwar stünden vier derselben (1. 2. 3. 8) in der engeren Beziehung, daß es sich allemal um die (vom Iurisconsultus verneinte) Frage handele, ob der Umstand, daß der in die Angelegenheiten der Frau eingreifende Mann nicht ein beliebiger Dritter, sondern ihr Ehegatte ist, auf die rechtliche Beurteilung einen Einfluß habe[9a]) (was des näheren dargelegt wird, während die Darstellung des Inhalts von c. 7. 7a mit der Erörterung der Entstehungsverhältnisse verbunden werden müsse).[10]) Dagegen bezögen sich die Kapitel 4. 5. 6 auf eventuelle Rechts-

halten der Partei bzw. ihres Vertreters die Rede ist, heranzieht. Vgl. auch Conrat in den Mélanges Fitting 1 (1907) 302.

[7]) Schon bisher allgemein behauptet, aber noch nicht bewiesen. — [8]) Dies geht gegen Huschke 855[6]. — [9]) Nicht nur zu c. 7, wie Karlowa 975 annimmt. Beachtenswert ist noch, daß 9, 11 den Text von 1, 8 vervollständigt und daß im c. 9 nur die drei Codices Const. zitiert werden. — [9a]) In der N. 3 gen. Schrift hatte Conrat interessanterweise darauf aufmerksam gemacht, daß die die Anfragen veranlassenden Zweifel sich aus der germanischen Auffassung des Eheverhältnisses als Munt erklären. — [10]) Wohl mit Rücksicht auf die von Huschke für c. 7 S. 836f. dargelegten prozeßgeschichtlich bedeutsamen Elemente; ferner kommt in Betracht, daß Conrat am N. 3 gen. Ort die Anfrage zu 7a aus dem germanischen Institut des Beisitzes der Witwe mit dem Kinde erklärt hatte.

sachen, in denen jedesmal dem Beklagten (in c. 4 auch dem Kläger) Verteidigungsmittel an die Hand gegeben würden (dies wird für c. 4. 5 dargelegt, für c. 6 aus dem gleichen Grunde wie oben vorbehalten.[10a. b]))

Hinsichtlich der Quellen fände sich zwar die zeitgenössische Unterscheidung von 'ius' und 'leges' (6, 2; 7, 2), doch würden sie auch in ihrer Gesamtheit als 'leges' bezeichnet (1. 2—5), also mit Einschluß von Pauli Sententiae (3, 10; 5, 3).[11]) Die Kaisergesetze würden aus je einem der ('corpus' genannten) Codices constitutionum meist unter Angabe von Buchzahl und Titelrubrik durch Inskription und Subskription zitiert; die Wiedergabe sei nicht immer vollständig (z. B. 1, 8; 7a, 3 im Vergleich zu C. Th. 8, 18, 7 [12])) und wortgetreu (vgl. bes. 1, 12). Die Theodosianustexte seien aus der Lex Romana Visigothorum entnommen.[13]) Denn erstens fänden sie sich sämtlich in dieser. Dies bestreite Krüger zu Unrecht für c. 7, 3: 'secundum sen-

---

[10a]) Auch aus diesem Kap. hatte Huschke für die Entstehungsverhältnisse folgern wollen (6, 17 Erwähnung des 'princeps' u. a.). — [10b]) Ungenau beschränken Bruns (-Lenel) 379 die Fragen der Consultatio (die bei ihnen grundlos im Titel den Zusatz 'de pactis' führt) auf das Vertragsrecht. — [11]) Auf diesen Sprachgebrauch haben schon Heimbach 157 f. und Huschke 837[1] hingewiesen, und daraus (verfehlte) Schlüsse auf die Entstehungsverhältnisse der Schrift gezogen. — [12]) 8, 18, 2 bei Krüger ad h. l. ist Druckfehler. — [13]) Dies war bereits behauptet worden von Witte in Richters kritischen Jahrbüchern f. d. Rechtswissenschaft 1 (1837) 197 und von Vesme in seiner fragmentarischen Ausgabe des Corpus iuris Romani (1839) ad Theod. 2, 9 p. 81; bei ersterem ohne Begründung, bei letzterem wegen des bei Krüger, Geschichte S. 347 N. 63 Satz 2 erwähnten Umstandes und wegen des Vorkommens sämtlicher Theodosianustexte in der Lex Rom. Vis. Gegen ihn G. E. H.[eimbach] (dem Karlowa 976 beitritt) im Leipziger Repertorium 9 (1845) 431 f. mit dem Hinweis darauf, daß wenigstens ein Text — 9, 13 — (das Zitat in 7, 3 behandelt er nicht) dort nicht vorkomme. Indessen handelt es sich hier erstens um eine Stelle des Anhangs und zweitens liegt Exzerpt aus LRV. CTh. 8, 5 [12], 1 vor, so (nach Wenck) Krügers Ausgabe ad h. l. und Mommsen Cod. Theod. I, 1 (1905) CIV. Dagegen berufen sich Rudorff 63 ff. und ihm folgend Krüger 346 bei N. 62 und Jörs 1144 f. auf das angebliche Zitat von Cod. Theod 1, 4, 2 ('divalis const.') in 7, 3: darüber im Text. Mommsen l. c. schweigt beredt über dies „Zitat" und erklärt es ad Theod. 1, 4, 3 (in fine) für nicht vorhanden.

tentiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita semper valituras ac divalis constitutio declaravit'; er wolle nämlich zwar die 'scita' auf das in der Lex Rom. Vis. (CTh. 1, 4, 1) enthaltene Zitiergesetz von 426 (Cod. Theod. 1, 4, 3), aber die 'constitutio' auf das in der Lex. Rom. Vis. fehlende Constantinische Gesetz von ca. 327 (Cod. Theod. 1, 4, 2) beziehen. Das ergäbe aber keine befriedigende Deutung des verderbten Textes, da dann die jüngere Konstitution vor der älteren zitiert und von beiden im Singular ('declaravit') gesprochen würde. Beide Schwierigkeiten verschwänden bei der Annahme, daß eine und dieselbe Konstitution, nämlich das Zitiergesetz, gemeint sei, und diese Annahme werde ermöglicht durch die — ohnedies notwendige — Umstellung der Worte 'semper valituras' und die Auffassung des Wortes 'scita' nicht wie bisher als Plural Neutrius des Substantivs, sondern als Singular Feminini des Adjectivs. Der Text würde dann lauten: 'secundum sententiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita ac divalis constitutio semper valituras declaravit'.[14]) Zweitens weise, wie schon Mommsen ad Theod. I, I, p. CIV bemerkt habe[15]), der Text der Theodosianusstellen eine Gestaltung auf, die sich nur in der Lex Rom. Vis. nachweisen lasse. Endlich würde der Jurist, wenn ihm ein vollständiger Theod. vorgelegen hätte, gelegentlich seine Sätze wohl leichter als quellenmäßig haben nachweisen können, z. B. in c. 8 mit Hilfe von Theod. 9, 1, 7 oder 9, 3, 6 anstatt mit 9, 1, 18 (= Lex Rom. Vis. 9, 1, 10) und 1, 2, 7 (= 1, 2, 5). Für die von Fitting behauptete Benutzung der Interpretatio lägen

[14]) Huschkes Konjektur ad h. l. ist indiskutabel; Mommsen ad Theod. 1, 4, 3 (in fine) weit weniger elegant: er will statt 'scita' schreiben 'scito' und 'ac' streichen. Ich füge noch hinzu, daß man sich an dem klassisch klingenden Adjektiv 'scita' nicht zu stoßen braucht, es findet sich nach Forcellini noch bei Donat. ad Terent. (4. Jh.); inscitus war und blieb sogar stets gebräuchlich. — [15]) Dies hatte auch Heimbach am N. 13 gen. Ort S. 431 festgestellt. Krüger will in einem Zusatz der zweiten Auflage (347[62]) die Übereinstimmungen daraus erklären, daß die vom Verfasser der Cons. und die von den Westgoten benutzten Hss. derselben Handschriftenklasse des Theod. angehört haben. Wir können die Prüfung dieser Hypothese unterlassen, da sie durch die im Text angeführten Gründe für die Benutzung der Lex Rom. Vis. überflüssig wird.

nur schwache Anzeichen vor, vgl. Krüger (347 n. 64). Nichts gegen die Benutzung der Lex Romana beweise, wenn es auch bemerkenswert sei, daß die Gregorianus-Hermogenianus- und Paulusstellen großenteils nicht aus ihr geschöpft seien. Paulus, der einzige eigentliche juristische Schriftsteller, der benutzt wird, werde, ebenso wie bei Isidor (Ethym. 5, 24, 30) 'iuridicus', 'iuridicus auctor' genannt (7, 3. 7) zum Unterschied vom Apostel[16]), sein Werk das 'corpus Pauli' (7, 6), die Zitierweise im einzelnen sei so vielgestaltig als möglich (vgl. z. B. 7, 6; 3, 6; 4, 3; 6, 5). Der Verfasser scheine überall den reinen Text des Paulus wiedergeben zu wollen, die Abweichungen seien auf Rechnung der dem Verfasser zu Gebote stehenden, begreiflicherweise bereits verderbten Überlieferung zu setzen; auch den Verfassern der Lex Rom. Vis. sei es ja, woran aus hier nicht zu erörternden Gründen trotz Seckel-Kübler in ihrer neuesten Ausgabe des Paulus festzuhalten sei, um bloße Wiedergabe ihres Textes zu tun gewesen (vgl. Conrat, Der westgotische Paulus S. 5f.), daher sei in denjenigen Paulusstellen, die Consult. und Lex Romana gemein seien (P. 1, 1, 2; 1, 1, 4; 1, 5, 1. 2; 1, 10; 1, 13 B, 1. 4; 3, 4 B, 2), der Text im wesentlichen der gleiche[17]), außer an der ersten Stelle (= Cons. 4, 4), wo ausnahmsweise die Westgoten (P. 1, 1, 1) eingegriffen hätten, vgl. Conrat l. c. S. 6 N. 13. Vielleicht habe er aber auch andere Juristenschriften zur Verfügung gehabt, da er in 7a, 3 für den Beweis des Eigentums des Kindes am Adventizgut die Beibringung von 'consultorum iura' für überflüssig erachte; 'iuris consultores' aber hießen in der Interpretatio zum Zitiergesetz und zu Nov. Valent. 12, 1, 12 die juristischen Schriftsteller; freilich würde er in ihnen zur Sache nichts gefunden haben, da das Adventizgut erst mit Konstantin anhebe.[18]) Endlich werde einmal (3, 2) auch die 'consuetudo'

[16]) Dafür weitere Belege bei Conrat am N. 6 gen. Ort S. 296ff. — [17]) Trotz der massenhaften Interpolationen, die die neue Ausgabe (Huschke[6] 2 [1911] 1ff.) überall (aber grade nicht für diese Stellen!) beibringt, ist diese schon von Haenel, Lex Rom. Vis. (1849) p. IX N. 27 und Huschke l. c. S. 9 gegebene Begründung haltbar; vgl. d. Zschr. 33, 461. — [18]) Demgegenüber ist zu bemerken, daß das fragliche Konstantinische Gesetz von 319 (C. Th. 8, 18, 1 = L. Rom. Vis. 8, 9, 1 = C. Iust. 6, 60, 1) sehr wohl schon in jener Sammlung Konstantinisch-Licinischer Konsti-

angezogen, und zwar in bewußtem Gegensatz zu den 'leges'; denn nicht auf letztere, also auf erstere werde eine Beschränkung der gesetzlichen Kautionspflicht des Bevollmächtigten auf die Fälle begründet, wo die Vollmacht nur 'verbo' erteilt oder die 'epistula mandati' nicht zu den Akten allegiert sei; wahrscheinlich handele es sich dabei um einen Gerichtsgebrauch, um usuelle Interpretation einer Antoninischen Vorschrift (Cod. Just. 2, 12, 1, vgl. dazu Inst. 4, 11, 3).

Zur Charakteristik des[19]) Verfassers sei hervorgehoben, daß er, wie ja nicht anders zu erwarten, Christ ist. Denn im Namen und mit Hilfe Gottes sollen sich die Klienten seiner Konsulenten wehren (4, 1; 5, 1; 6, 1;[20]) 6, 3) — und zwar durch Aufdeckung prozessualer Mängel auf seiten des Gegners. Auch sonst lasse der Verfasser sich nicht von christlichen Tugenden leiten, beschimpfe Andersdenkende (1, 4), schmähe den Gegner (8, 8; 3, 2. 3) und sei unaufrichtig genug, den Besitz einer nicht vorhandenen Quellenstelle zu behaupten (7a, 5).[21]) Gelegentlich (7a, 2; 7, 8) berücksichtige er den Standpunkt der „Rustizität".[21a]) Die Entscheidungen seien im wesentlichen zutreffend, lägen aber meist auf der Hand und seien z. T. durch unpassende Zitate erlangt.

Was die (übrigens stark von den Vorlagen beeinflußte) Darstellungsweise anlangt, so werde sowohl von der

---

tutionen von 314—323 gestanden haben kann, die (trotz Krüger 321[22]) mit Kipp, Geschichte[3] [1909] 88[14] und Jörs, Pauly-Wissowa 4 (1901) 166 nur als Teil der Anhänge zu Hermogenian — ca. 295 — anzusehen sind; Hermogenian aber gehört für die eben erwähnte Interpretatio zum Zitiergesetz zu den 'iuris consultores'.

[19]) Im folgenden ist die oben getroffene Unterscheidung zweier Verfasser noch nicht durchgeführt, aber mit Hilfe der Kapitelzahlen leicht zu ergänzen. Vgl. N. 2. — [20]) M. E. liegen in diesen drei Fällen einfach „Invokationen" im mittelalterlichen Sinne vor, die nicht, was alle Herausgeber und, wie man sieht, auch Conrat getan haben, zum Folgenden zu beziehen sind. Ich würde also statt 'In' nomine dei (bezw. iuvante deo) quid tractari debeat' usw. schreiben 'In nomine dei (Iuvante deo). Quid' usw. Die folgenden Sätze sind dann — wiederum nach mittelalterlicher Art — als Rubriken aufzufassen. — [21]) Unerweislich, s. N. 18. — [21a]) Am N. 3 gen. Ort hatte Conrat darauf hingewiesen, daß sich hinter der 'ignorantia rusticitatis' in c. 7a, 2 germanische Rechtsanschauung verberge (vgl. N. 10) und vielleicht sogar mit diesem Scheltwort gemeint sei.

Person des Respondenten als des Quärenten bald im Singular, bald (seltener) im Plural gesprochen (letzteres z. B. 1, 11; 3, 5). Die Dinge würden nicht einfach beim Namen genannt (z. B. in 8, 1 der Ehemann statt 'iudex': 'maritus quem iudiciariae potestatis cingit auctoritas'); die Ausdrücke gehäuft (z. B. 1, 1. 2. 4. 11 usw.), mit Hinneigung zu starken Wendungen (z. B. 1, 3; 3, 2; 7, 1); in bezug auf die eigenen Feststellungen werde mit Superlativen gearbeitet (z. B. 1, 3; 7a, 4). Fragesätze seien häufig (1, 4; 2, 4; 3, 3. 10. 11; 7, 2. 7).

Die Zeit der Entstehung falle nach 506, da, wie gezeigt, die Lex Rom. Vis. benutzt sei.[22]) Dies deute auch auf die Heimat in Frankreich[23]), dort sei ja auch das Werk durch Ivo von Chartres benutzt und Loysels Hs. aufgetaucht.[24]) „Die Verwendung der Lex R. V. zeigt aber auch

[22]) Heimbach 157 (vgl. auch am N. 13 gen. Ort S. 432) nimmt Entstehung vor der Lex Rom. Vis. an, weil die Schrift das im Gesetz enthaltene Verbot der Benutzung anderer Rechtsquellen und ihre Unterscheidung von Ius und Leges nicht befolge (vgl. N. 11), wobei er von der unbewiesenen Voraussetzung der Entstehung im Westgotenreich ausgeht. Rudorff 62ff. nimmt wegen der Bezeichnung des Fürsten als 'princeps' in c. 6, 4 Entstehung in römischer Zeit und zwar (was Fitting, Z. f. Rechtsgeschichte 11 [1873] 244 N. 43 entschieden billigt) zwischen 438 und 450 an, weil c. 7, 3 die Geber des Zitiergesetzes als 'sacratissimi' im Gegensatz zu 'divalis' (oben N. 12), also als lebend bezeichnet werden; dagegen treffend Mommsen ad Ulpianum ed. Böcking[4] (1855) 118 und Huschke 836, dafür Jörs 1145. Huschke 836 f. nimmt wegen der Verwandtschaft mit der Lex Rom. Burg. in mehreren öffentlichrechtlichen Punkten und in der Terminologie, aber der Nichtbenutzung der Lex Rom. Vis. Entstehung zu Ende des 5. Jh. an; Karlowa 975 Entstehung im 6. Jh.; Krüger 347 in der 2. Hälfte des 5. (so auch Bruns-Lenel 380) oder im Anfang des 6. Jh.; Tardif 77 und Jörs 1145 zu Ende des 5. oder Anfang des 6. Jh.; alle aus Huschkes Gründen, Jörs auch wegen der mangelhaften Benutzung der juristischen Literatur; Conrat hatte sich ursprünglich gelegentlich (Geschichte 82[1]) Krüger angeschlossen. — [23]) Huschke aus den eben genannten Gründen denkt speziell an Burgund, Caillemer, L'enseignement du droit à Lyon avant 1875, Lyon 1900, (nach einer Notiz in Conrats Nachlaß) an (die Hauptstadt) Lyon, Karlowa wegen der unmittelbaren Quellenbenutzung, dagegen an das Gebiet des Syagrius. Die Annahme der Entstehung in Frankreich ist die allgemeine, vgl. außer den Zitierten auch Mitteis, Reichsrecht (1891) 201 f. — [24]) Diese auch sonst angeführten Gründe würden sich auf einen reduzieren, wenn Rudorffs Vermutung (S. 54) zuträfe, daß die Hs. Ivos und die Loysels, welch letzterer in Chartres

ganz sicher, daß sie [die Consultatio] nicht auf westgotischem Boden abgefaßt ist".[25])

Familienverbindungen besessen haben soll, die gleiche gewesen sei. Ich füge hinzu, daß Ivos Text (Dekret XVI, 201, s. den Abdruck bei Savigny, Geschichte 2² [1834] 311 N. f.) mit dem uns in der Cons. (und nur in ihr in dieser Form) überlieferten genau übereinstimmt, und seine Hs. ebenfalls beide Reihen besessen haben muß, da er aus 1, 7. 8 und 4, 3 zitiert. Hiernach wären beide Hss. mindestens verwandt gewesen. Nach einer von Conrat früher (Epitome [1884] S. CLXXXIX, Geschichte 1 [1891] S. 90 bei N. 6, S. 380 bei N. 10) begründeten Annahme hätte freilich Ivo überhaupt keine Hs. der Consultatio benutzt, sondern eine solche der Lex Rom. Vis. mit Zusätzen aus den gemeinsamen Quellen beider (hier: Gregorian und Paulus) oder (so Conrats erste Annahme) mit Zusätzen aus Teilen der Consultatio, daher das Auftauchen mitten unter Breviartexten ohne Quellenangabe und unter Verschmelzung zu einem Texte und die sonstige Nichtbenutzung der Consultatio im MA. Auch hierüber hätte der Rest des Aufsatzes Aufschlüsse gebracht. Unrichtig gibt Krüger 347 N. 66 an, daß die drei fraglichen Quellenstellen uns nur aus der Cons. bekannt seien; die beiden Gregorianstellen stehen auch im Cod. Just., cf. Krügers Ausgabe zu 1, 7. 8 (wo beidemal die Kapitelzahl 201 in 21 verdruckt ist).

[25]) Mit diesem Satze bricht das Ms. ab. Es fehlt also noch zur Einleitung die nähere Erörterung der Entstehung der Cons. nach Zeitalter und Heimat (vgl. N. 10 u. 23), des Titels und der Benutzung (N. 24). Zum Verständnis des letzten Satzes sei daran erinnert, daß ein Jahr nach Publikation der Lex Rom. Vis. die Westgoten Frankreich (außer Septimanien) verloren; in dem unter ihrer Herrschaft verbliebenen Gebiete (Spanien) konnten aber unmöglich Gutachten erteilt werden, die das Gesetzbuch zwar „verwendeten", aber seine Existenz ignorierten. Dagegen wäre dies natürlich im Fränkischen möglich gewesen. Richtung und Ergebnis der fehlenden Untersuchung lassen sich erraten aus Conrats Ausführungen am N. 3 gen. Ort: „Im Burgundischen Reiche, in dessen Gebiet nach einigen Anzeichen die Entstehung der Consultatio fällt, hatte sich das Institut des Beisitzes erhalten" (cf. oben N. 10 und Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte⁵ [1907] S. 330 N. 237).

IV.

Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt.

Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht

von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**

in Kiel.

Mit unermüdlichem Eifer hat die gemeinrechtliche Wissenschaft von der Glosse bis zum BGB. sich bemüht, Sinn und Tragweite der in der Überschrift genannten Rechtsregel zu ermitteln; aber aller Scharfsinn, der auf Konjekturalkritik und Auslegung der Quellenbelege verwendet worden ist, hat keine Lösung ergeben, die uns heute annehmbar erscheinen könnte.[1]) So muß denn einmal der Versuch gemacht werden,

[1]) Die Hauptarbeiten der gemeinrechtlichen Literatur sind die folgenden. Wirklich wertvoll für den modernen Rechtshistoriker ist von den älteren Arbeiten nur noch die Glosse zu D. (23, 3) 56 und (25, 1) 5, sowie Cuiacius, Obs. 23, 12. Auch Anton Fabers Spürsinn sind die Interpolationen entgangen: Coniect. 1, 2; De Errorib. Pragmat. Decad. 82 Error 5. Ant. Merenda, Controversiarum iuris libri XXIV Tom. 1 (Bruxellis 1745) lib. 3 cap. 3. Majansius, Disputationes iuris Tom. 1 (Lugd. Batt. 1752) Disputatio 28. Petrus Barbosa, Opera omnia Tom. 1 (Colon. Allobr. 1737) De soluto matrimonio Comment. ad Titul. D. soluto matrimonio quemadmodum petatur, Tertia pars Rubricae § 18 ff. (hier die Ansichten der Postglossatoren). Bestius, Coniecturae ex iure civili Cap. 1: Quid sibi vult illud vulgatum, impensas necessarias dotem ipso iure minuere (1704) bei G. Oelrichs, Thesaur. Diss. Iuridic. Vol. 1, 197 ff. — Literatur des 19. Jahrhunderts: Monographien: Valett, Theoretisch-praktische Abhandlungen 1 (1824). M. S. Mayer, Digestorum de iure dotium XXIII, 3 l. 56 § 3 (Tub. 1859). A. Leinweber, Dotalimpensen (Wien 1893). Kintscher, Dos ipso iure impensis necessariis minuitur (Erl. Diss. 1899). Umfassendere Monographien: Dernburg, Compensation (2. Aufl. 1868) S. 105 ff. 126 ff. Pernice, Labeo 1 (1873) S. 396 ff. Gesamtdarstellungen des Dotalrechts: Tigerström, Röm. DotalR. 2 (1832) S. 260 ff. Bechmann, Röm. DotalR. 2 (1867) S. 257 ff. Czyhlarz, Röm. DotalR. (1870)

den Quälgeistern mit der Interpolationenkritik zu Leibe zu gehen. Mit dieser Methode ist das einschlägige Quellenmaterial bisher nur von Cuiacius untersucht worden, der denn auch in der Tat einen Teil der Interpolationen richtig erkannt hat; die Späteren haben seine Ausführungen zwar gelesen und zitiert, seine Interpolationsbehauptungen aber mit jenem eigentümlichen Unglauben abgelehnt, der für die gemeinrechtliche Romanistik so charakteristisch ist.[1]) Die neuere historische Romanistik hat sich, soweit ich sehe, mit dem Problem noch nicht näher beschäftigt.[2])

Ich stelle zunächst meine Thesen auf, deren Nachweis ich im folgenden versuchen will.

M. E. war das klassische Recht der Dotalimpensen etwa zur Zeit des Paulus und Ulpianus das folgende: man unterscheidet die bekannten drei Arten der Verwendungen, impensae necessariae, utiles und voluptariae, und die juristische Behandlung dieser drei Verwendungskategorien ist diese:

1. Impensae voluptariae. Der Ehemann ist hier vollständig ohne Rechtsschutz, er hat weder eine Klage auf Ersatz noch ein Retentionsrecht; auch ein besonderes ius tollendi steht ihm nicht zu. Freilich darf der Mann grundsätzlich Luxusaufwendungen, die er auf die Dotalgegenstände gemacht hat, wiederum entfernen, diese Befugnis hat er aber

---

S. 276 ff. Gesamtdarstellungen des Zivilrechts: Glück 27, 374 ff. Windscheid, Pand. 3 § 505. Dernburg, Pand. 3 § 22. Brinz, Pand. 3 (2. Aufl.) 726 ff.

[1]) Man lese etwa Valett 43: „Überdies muß das Annehmen einer Tribunianischen Interpolation in den allermeisten Fällen ein nicht befriedigendes Interpretationsmittel sein, und sehr auffallend ist es, wenn man bei Cuiacius und noch mehr bei Anton Faber alle Augenblicke auf diesen etwas zu bequemen Ausweg (!) stößt." — [2]) Wie immer ohne Berücksichtigung der Interpolationenforschung Karlowa Röm. Rechtsgesch. 2, 224 ff. Ohne Verdacht aber auch Girard, Manuel (5. Aufl. 1911) 708 und 961, Cuq, Institutions juridiques 2 (1908) 112, Ferrini, Manuale di Pandette 3. ed. Milano 1908 Nr. 739, Costa, Storia di diritto romano privato (1911) S. 22, Bonfante, Istituzioni di diritto romano (5. ed. 1912) S. 199, Roby, Roman Private Law in the times of Cicero and the Antonines 1 (1902) S. 151. — Solazzi, La restituzione della dote nel diritto romano (1899) hat die Erörterung der retentio propter impensas ausdrücklich (S. 244) aus seinem Thema ausgeschieden.

nicht als Ausfluß eines besonderen und besonders gestalteten ius tollendi, sondern einfach deshalb, weil er Eigentümer ist. Der Eigentümer darf natürlich seine Sache wieder in ihre Bestandteile zerlegen, und so denn auch der Mann die Dotalsachen. Begrenzt ist diese Wegnahmebefugnis des Ehemannes nur einmal durch seine Sorgfaltspflicht gegenüber der Ehefrau; die Ausübung des Wegnahmerechts ist daher ausgeschlossen, wenn durch die Wegnahme die Dotalgegenstände (verglichen mit der Beschaffenheit, in der sie waren, ehe die Aufwendungen erfolgten) verschlechtert werden würden. Eine andere Schranke setzen dem Wegnahmerecht die bekannten Vorschriften, die sich gegen die Zerstörung von Gebäuden richten. Innerhalb dieser Grenzen aber steht dem Ehemanne das Wegnahmerecht natürlich nicht nur bei den impensae voluptariae zu, sondern genau so auch bei den impensae utiles, nur hat diese Befugnis begreiflicherweise bei den voluptariae eine viel größere praktische Bedeutung als bei den utiles, weil sie hier stets der einzige Rechtsbehelf des Ehemannes ist.

2. Impensae utiles. Der Mann hat einen Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen, wenn sie mit dem Willen der Frau gemacht worden sind; die Durchsetzung dieses Anspruchs erfolgt ausschließlich im Wege der Retention, eine Klage ist nicht gegeben, weder actio mandati noch actio negotiorum gestorum.

3. Impensae necessariae. Hier hat der Mann stets einen Ersatzanspruch, zu seiner Durchsetzung aber steht ihm in gleicher Weise ausschließlich ein Retentionsrecht, keine Klage zur Verfügung. Diesen Satz und nichts anderes will die schon von den Klassikern als ungenau und irreführend erkannte Regel zum Ausdruck bringen: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. Die Worte „ipso iure" wollen, wenn sie überhaupt echt sind[1]), besagen, daß die Minderung

[1]) Darüber läßt sich nichts entscheiden, jedenfalls fehlen die Worte bei Ulpian (25,1) 1,1 und 5 pr., sowie bei Justinian in seinem Bericht C. (5,13) 1,5e. Falsch daher Karlowa 2,224: „Bei den römischen Juristen der Kaiserzeit tritt in übereinstimmend fester Form der Satz auf: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt."

sich ohne magistratische Hülfe vollzieht[1]), ohne daß es der Einrückung einer exceptio in die Formel der actio rei uxoriae bedürfte; die Worte „impensae dotem minuunt" bringen nur zum Ausdruck, daß die dos um den Betrag der Aufwendungen in irgendwelcher Weise gemindert wird, der Mann um so viel weniger herauszugeben hat; wie sich aber juristisch-technisch diese Minderung vollzieht, darüber gibt die Regel keinen Aufschluß. Keineswegs darf man etwa aus ihr entnehmen, daß, wenn körperliche Sachen in dote sind, diese zufolge der notwendigen Aufwendungen zu einem ideellen Teile aufhören, dotal zu sein; die Klassiker warnen ausdrücklich vor diesem Mißverständnis. Sind Sachen oder Rechte in dote, so kann sie der Ehemann so lange retinieren, bis ihm seine Aufwendungen ersetzt werden; ist in dote lediglich ein Geldwert, so kürzt sich natürlich einfach dieser Wert um den Betrag der Aufwendungen; sind in dote Gegenstände und außerdem ein Geldwert, und übersteigen die Aufwendungen diesen Wert nicht, so wäre es wider Treu und Glauben, wenn der Mann etwa die Gegenstände zurückhalten und Ersatz der Aufwendungen fordern wollte; auch hier wird einfach der in dote befindliche Wert gekürzt.

Dies die sehr einfache klassische Ordnung. Justinian griff bei allen drei Impensenkategorien ein.

1. Impensae voluptariae. Der Ehemann hat ein Wegnahmerecht wie schon im klassischen Recht, im Sinne Justinians soll es aber der spezifische Rechtsbehelf gerade für diese Verwendungskategorie sein; auch darf die Frau durch Angebot des Aufwendungsersatzes die Wegnahme verhindern, ein Recht, das ihr zur klassischen Zeit nicht zustand.

2. Impensae utiles. Die Kompilatoren strichen das Retentionsrecht und gaben dem Manne eine Ersatzklage und

[1]) Ubbelohde, Über den Satz ipso iure compensatur S. 67, Seckel bei Heumann, Handlex. S. 288. Natürlich müßten dann die Klassiker auch gesagt haben: impensae utiles dotem ipso iure minuunt si voluntate mulieris factae sunt; denn auch dieses Retentionsrecht bedarf keiner exceptio zur Geltendmachung (so weit richtig Bechmann 2, 264, Czyhlarz 279). Belege für diesen Satz können wir in den Quellen nicht finden, da die Kompilatoren ihn für ihre Lehre nicht brauchen konnten und gerade seine Umkehrung: impensae utiles non minuunt ipso iure dotem interpoliert haben. Siehe unten S. 70f.

zwar stets, mag die Frau zu den Aufwendungen ihre Zustimmung gegeben haben oder nicht. In ihrer mit klassischen Formeln spielenden Art nennen die Kompilatoren diese Klage actio mandati, wenn die Frau zu der Aufwendung ihre Zustimmung gegeben hat, sonst actio negotiorum gestorum.

3. Impensae necessariae. Die Kompilatoren strichen auch hier das Retentionsrecht, es hätte aber natürlich nicht genügt, wenn sie an dessen Stelle dem Manne stets eine Ersatzklage verliehen hätten, denn damit wären ja impensae necessariae und utiles auf die gleiche Stufe gestellt worden; sie mußten den notwendigen Verwendungen, wenn überhaupt die drei Verwendungskategorien aufrechterhalten werden sollten, eine energischere Wirkung verleihen. So stellten denn die Kompilatoren den Satz auf: macht der Ehemann notwendige Verwendungen auf eine Dotalsache, so hört diese Sache ganz oder teilweise (nach dem Verhältnis des Sachwertes zum Werte der Aufwendungen) auf, dotal zu sein; freilich scheidet die Sache nur bedingt aus der dos aus: leistet die Frau innerhalb einer bestimmten Frist Verwendungsersatz, so wird die Sache wiederum dotal. Ist in dote außer der Sache, auf die die Aufwendung gemacht worden ist, noch ein Geldwert, so bleibt es bei der klassischen Ordnung: der Geldwert wird um den Betrag der Aufwendungen gekürzt. Die Kompilatoren verstanden aber ferner auch die alte Rechtsregel anders als die Klassiker. Ihrer Ansicht nach konnte von einer ipso iure Minderung nur dann die Rede sein, wenn etwas in dote Befindliches ohne weiteres dadurch aus der dos ausschied, daß notwendige Aufwendungen gemacht wurden; sie beschränkten daher die Anwendung der Regel auf den Fall, daß in dote sich ein Wert befand, der um den Betrag der Aufwendungen gekürzt werden konnte; denn wenn nach ihrem soeben geschilderten Grundsatze eine Dotalsache aus der dos ausschied, so geschah das unmittelbar und allein durch die Aufwendung doch nur bedingt, und das genügte ihnen zur Annahme einer ipso iure Minderung nicht. In ihrer Sprache ausgedrückt: ubi admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia.

Diese Thesen und die in ihnen behaupteten Interpolationen sind nunmehr als wahr oder wahrscheinlich zu erweisen.

Unsere Quellen außerhalb des Corpus iuris liefern uns nur einen einzigen Beleg: Ulpians Regeln 6, 14—17 sichern uns die Klassizität der drei Impensenkategorien. Die weitere Erörterung Ulpians freilich, in der die juristische Bedeutung dieser Dreiteilung dargelegt wurde, hat uns der Epitomator leider nicht überliefert; wollen wir diese ermitteln, so sind wir ausschließlich auf eine vorsichtige Benutzung des Corpus Juris angewiesen.

Ich beginne mit der Erörterung der impensae voluptariae.

Justinian sagt uns in einem knappen Satze seiner großen Reformverordnung, wie er die Luxusaufwendungen behandelt wissen will: der Mann soll ein Wegnahmerecht haben, soweit die Frau durch die Wegnahme nicht geschädigt wird.

C. (5, 13) 1, 5f.

Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius (scil. mulieris) expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur.

Ob dieses hier dem Manne gewährte Recht eine justinianische Neuerung oder aus dem klassischen Recht herübergenommen ist, läßt sich aus der Verordnung nicht erkennen, wohl aber aus der einzigen Pandektenstelle, die von dem ius tollendi des Mannes handelt.[1])

D, (25, 1) 9.[2])

Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.

Pro voluptariis impensis, *nisi parata sit mulier pati maritum tollentem*, *exactionem patitur. nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant*, *relinquendae sunt:* ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.

---

[1]) Siehe zum Folgenden vor allem Riccobono, Bullettino dell' istituto di diritto romano 9, 244ff., Mélanges Fitting 2, 490f., Pampaloni, Rivista italiana per le scienze giuridiche 49 (1911) 239. — [2]) Mit Kursivdruck bezeichne ich die Zusätze der Kompilatoren, mit Petitdruck die von ihnen gestrichenen Stücke.



Daß diese Stelle von den Kompilatoren stark verändert worden, nicht etwa nur „exactionem" für „retentionem" eingesetzt worden ist[1]), sollte nicht länger bestritten werden; sachliche und formelle Interpolationsindizien treffen zusammen. Sachliches Bedenken: wenn man der herrschenden Auffassung folgend lediglich „exactionem" durch „retentionem" ersetzt, so wird in der Stelle dem Manne wegen Luxusaufwendungen ein Retentionsrecht gewährt, damit geriete aber Ulpian mit sich selbst in Widerspruch und zwar mit einer Äußerung aus demselben Sabinusbuche:

D. (25, 1) 11 pr.

Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.

In voluptariis autem[2]) Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, *exactionem* retentionem parere.

Entscheidend aber sind die stilistischen Mängel des Fr. 9: es ist durchaus in dem typisch abgerissenen Stil der Interpolationen geschrieben: 1. si vult habere mulier. Zum Verbum fehlt das Objekt, das Haloander und jüngere Vulgathandschriften ergänzen wollten (rem).[3]) 2. si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant. Beidemal fehlt das Subjekt[4]), will man als solches aber etwa aus dem Vorangehenden impensa ergänzen, so stimmt relinquendae sunt nicht dazu. 3. Der Schlußsatz mit der Phrase si futurum est eius quod abstulit ist in dem jetzigen Zusammenhange ganz unverständlich[5]); viele wollten statt futurum profuturum lesen, so schon der Anonymus[6]), aber die überlieferte Lesart wird durch die Basiliken bestätigt, die den Satz mit den Worten wiedergeben

si quidem tolli possit et ille id habiturus sit.[7])

---

[1]) Dies glaubt P. Krüger, Digestenausgabe ad h. l. und Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts (2. Aufl. 1912) S. 363 N. 13. — [2]) Der Anfang des Fragments ist liederlich zusammengestrichen; so wie der Satz dasteht, fehlt das Subjekt. Riccobono, Bullettino 9, 245 f. hat das übersehen. — [3]) Riccobono 248. — [4]) Riccobono a. a. O. — [5]) Siehe Glück 450 N. 75, Riccobono 248. — [6]) Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 9, Heimb. 3, 298: Tunc autem maritus quod adiecit potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est: nam si id, quod adiectum est, perdere tantum velit, quia ipse nullum commodum sentit, sed mulieri nocet, id ei non permittimus. — [7]) Bas. (28, 10) 9, Heimb. 3, 298.

Bei so zahlreichen geradezu typischen Interpolationsindizien darf die Echtheit des Fr. 9 nicht länger verteidigt werden, die Frage kann nur noch die sein: was haben die Kompilatoren (juristisch-sachlich betrachtet) in ihre klassische Vorlage hineinkorrigiert? Man hat das ius tollendi des Ehemannes schlechthin als Neuschöpfung der Kompilatoren hingestellt [1]), dies aber mit Unrecht. Es ist hier nicht der Ort und für unsere Zwecke auch nicht erforderlich, die Interpolation des ius tollendi überhaupt zu erörtern [2]); das Wegnahmerecht des Ehemannes nimmt eine Sonderstellung ein, da er Eigentümer der Sache ist, von der etwas weggenommen werden soll, und daß das klassische Recht eine solche Befugnis anerkannt hat, kann schwerlich zweifelhaft sein. Der Eigentümer darf selbstredend seine Sachen in ihre Bestandteile zerlegen, Einrichtungen, mit denen er eine Sache versehen hat, wieder wegnehmen; warum sollte dieses Recht dem Ehemanne verwehrt sein bezüglich der Dotalsachen, deren Eigentümer er doch ist? [3]) Freilich darf er durch die Wegnahme die Dotalgegenstände nicht beschädigen, und freilich gelten für ihn wie für jeden Eigentümer die Normen des S. C. Hosidianum und verwandte Vorschriften; andrerseits steht ihm die Wegnahmebefugnis nicht ausschließlich bei Luxusaufwendungen zu. Diese Sätze würden m. E. glaubhaft sein, auch wenn wir keine weiteren Belege für sie hätten; sie finden aber in der Tat ihre Bestätigung in einer Entscheidung des Marcellus und Ulpian: diese ist uns zum Überfluß auch noch doppelt überliefert, so daß an ihrer Klassizität kein Zweifel sein kann.

---

[1]) So Riccobono, Bullettino 9, 239, Mélanges Fitting 2, 490: „ius tollendi ... affatto sconosciuto ai classici perchè in contradizione con norme fondamentali dello ius civile.“ Ebenso radikal Beseler, Beiträge 2, 39: „Wohl alle Stellen, die das ius tollendi betreffen, sind byzantinisch.“ — [2]) Darüber statt aller jetzt Pampaloni, Rivista 49, 232 ff., wo auch die ältere Literatur verzeichnet ist. — [3]) So sehr richtig Pampaloni, Rivista 234 zu N. 7, Bullettino 21, 217. Der Satz der Zwölf Tafeln über das tignum iunctum (Bruns 6, 7 u. 8) steht keineswegs, wie Riccobono, Bullettino 9, 239 glaubt, im Wege; er bezog sich gar nicht auf den Fall, daß jemand sein eigenes Material in sein eigenes Gebäude eingefügt hatte (vgl. Pampaloni, Rivista 234). Hätte Riccobono recht, so wäre das S. C. Hosidianum ganz überflüssig gewesen.

D. (30) 43, 1.

Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum.

Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint, sine mulieris tamen damno, nec ad hoc senatus consultum futurum impedimento.

D. (24, 1) 45.

Ulpianus libro septimo decimo ad edictum.

Marcellus libro septimo digestorum scribit etiam eum detrahere sine mulieris damno et citra metum senatus consulti, quod detrahentibus negotiationis causa occurrit.

Freilich ist Fr. 45 von den Kompilatoren stark zusammengestrichen worden[1]), doch das ist für uns unerheblich: die Hauptsache ist, daß auch hier dem Ehemanne ein Wegnahmerecht gewährt wird und insofern die beiden Stellen sich gegenseitig sichern. An zwei Voraussetzungen knüpfen Ulpian und Marcellus ihre Entscheidung: 1. die Wegnahme muß möglich sein sine damno mulieris; 2. die Wegnahme ist nur gestattet, wenn die wegzunehmenden Gegenstände usui mariti futura sunt; sind diese beiden Voraussetzungen gegeben, so „stehe der Senatsschluß nicht im Wege". Der Senatsschluß, der hier gemeint ist, ist entweder das S. C. Hosidianum oder ein ähnliche Ziele verfolgendes Senatskonsult unter Hadrian, das Ulpian im 21ten Sabinusbuche kommentiert.[2]) Danach ist das Loslösen von Baustücken aus Gebäuden negotiandi causa, promercii causa untersagt.[3]) Die Schlußklausel des Hosidianischen Senatsschlusses, die anscheinend in den Hadrianischen unverändert übernommen worden ist, lautete[4]):

[1]) Beseler, Beiträge 2, 40; die Anwendung der Konjekturalkritik, die Mommsen vorschlägt, ist daher verfehlt. — [2]) Pampaloni, Bullettino 21, 217 N. 37 nimmt ohne weiteres an, es sei das S. C. Hosidianum gemeint, Ulpian kann aber auch an den von ihm kommentierten Senatsschluß gedacht haben (so Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Zivilrechts S. 209), der aber freilich die oben in dem unmittelbar folgenden Text hervorgehobene Schlußklausel des S. C. Hosidianum wörtlich übernommen zu haben scheint (Bachofen 206). — [3]) Bachofen 207, 209, Mommsen, Jur. Schriften 1, 371. — [4]) Bruns Fontes (7. Aufl.) Nr. 54.

Ceterum testari senatum, dominis nihil constitui, qui rerum suarum possessores futuri aliquas partes earum mutaverint, dum non negotiationis causa id factum sit.

Ulpian kommentiert diese Klausel dahin, es sei dadurch dem Eigentümer zweier Gebäude gestattet, Baustücke aus dem einen Hause in das andere zu übertragen, vorausgesetzt daß er weiter Besitzer der beiden Häuser verbleibe, keins von beiden veräußere[1]):

D. (30) 41,3.

Ulpianus libro vicensimo primo ad Sabinum.

Ex senatus consulto et constitutionibus licet nobis ab aedibus nostris in alias aedes transferre, possessoribus earum futuris, id est non distracturis.

Auf diese Klausel der Senatsschlüsse spielt nun Marcellus an, wenn er sagt: posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint.[2]) Diese Worte können nicht bedeuten, der Ehemann dürfe wegnehmen, was ihm von Nutzen sein könne, dessen Wegnahme sich also nicht als Chikane darstelle; dann wäre m. E. die Entscheidung völlig unverständlich, denn wenn der Mann vielleicht negotiandi causa etwas aus einem Bauwerke wegnimmt, das er auf Dotalgrundstücken aufgeführt hat, warum soll er dann nicht unter die Normen der genannten Senatsschlüsse fallen? Marcellus will vielmehr mit diesen Worten die Senatsworte „qui rerum suarum possessores futuri" umschreiben: der Mann darf Baustücke herausnehmen, die nach der Wegnahme seinem eigenen Gebrauche dienen sollen, die in seinem Besitz stehen, also nicht veräußert werden. Dann ist die Entscheidung verständlich; zwar veräußert vielleicht der Mann das Dotalgrundstück mit dem darauf stehenden Gebäude früher oder später, indem er es bei der Rückgabe der Dos der Frau zurückübereignet, doch diese Veräußerung fällt nach der wohl begreiflichen Ansicht unsrer Juristen nicht unter das Senatskonsult.

Nunmehr zurück zu unserm Fr. 9. Es steht jetzt fest, daß bereits das klassische Recht ein Wegnahmerecht des Ehemanns kannte; Ulpian kann recht wohl in Fr. 9 eine

---

[1]) Bachofen 202, 212. — [2]) Die Stelle wird von Bachofen 209 ganz ungenügend interpretiert.



ähnliche Erörterung wie in Fr. 43 geschrieben haben, ja wir haben, wie ich glaube, sogar ein Indiz dafür, daß er wirklich so geschrieben hat, nämlich in dem rätselhaften Schlußsatze des Fr. 9: permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit. Dieser Satz ist in seinem jetzigen Zusammenhange so unverständlich, daß er schwerlich interpoliert sein dürfte: es wird der stehen gebliebene Rest des echten Textes sein. Die Worte klingen an an den Passus des Senatsschlusses, der die Wegnahme erlaubt „si rerum suarum possessores futuri sint" und noch mehr an die Worte des Marcellus „posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint"; jedenfalls wird der bisher unverständliche Schlußsatz des Fr. 9 sofort klar, wenn wir ihn auf die genannten Senatsschlüsse beziehen: der Mann darf wegnehmen, was nach der Abtrennung in seinem Eigentume sein und bleiben, von ihm also nicht zu Veräußerungszwecken abgetrennt wird[1]); das ist — etwas anders und genauer formuliert — dasselbe was der Senat sagt: der Mann darf Baustücke herausnehmen, wenn er der Besitzer bleibt.

Die Kritik des Fr. 9 ist damit beendet. Wörtlich rekonstruieren läßt sich der klassische Text nicht; was aber, sachlich betrachtet, Ulpian zuzuschreiben ist und was den Kompilatoren, das ist nunmehr klar: Ulpian gab wie Marcellus dem Manne ein sich ohne weiteres aus seinem Eigentum ergebendes Wegnahmerecht; die Kompilatoren formulierten diese Befugnis als einen speziellen Rechtsbehelf gerade für die impensae voluptariae, engten sie aber auch dadurch ein, daß sie der Frau gestatteten, durch Angebot des Wertes das Wegnahmerecht zu beseitigen.[2])

---

[1]) Man wende nicht ein, si eius futurum est heiße doch nur, wenn es sein Eigentum werden, nicht auch bleiben wird, denn denselben Einwand könnte man gegen die Formulierung des Senats erheben. Der Senat redet eben nicht ganz genau, und die Juristen wollen sich nicht zu weit vom Wortlaut entfernen. — [2]) So richtig Pampaloni, Rivista 239 zu Note 2. Die Sinaischolien (IX § 20) geben dem überlieferten Digestentexte keine hinreichende Stütze, ich halte sie mit Riccobono (Bull. 9, 285, Mélanges Fitting a. a. O.), Koschaker (Savigny-Z. 33, 386 Note), Zanzucchi (Savigny-Z. 29, 434 Note 1), Bonfante (Storia del diritto romano 2. ed. 1908 S. 820), Beseler (Beiträge 2, 39), neustens auch Peters (Ber. d. Sächs. Ges. d. Wiss. 65, 89 ff.)

Ceterum testari senatum, dominis nihil constitui, qui rerum suarum possessores futuri aliquas partes earum mutaverint, dum non negotiationis causa id factum sit.

Ulpian kommentiert diese Klausel dahin, es sei dadurch dem Eigentümer zweier Gebäude gestattet, Baustücke aus dem einen Hause in das andere zu übertragen, vorausgesetzt daß er weiter Besitzer der beiden Häuser verbleibe, keins von beiden veräußere[1]):

D. (30) 41,3.

Ulpianus libro vicensimo primo ad Sabinum.

Ex senatus consulto et constitutionibus licet nobis ab aedibus nostris in alias aedes transferre, possessoribus earum futuris, id est non distracturis.

Auf diese Klausel der Senatsschlüsse spielt nun Marcellus an, wenn er sagt: posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint.[2]) Diese Worte können nicht bedeuten, der Ehemann dürfe wegnehmen, was ihm von Nutzen sein könne, dessen Wegnahme sich also nicht als Chikane darstelle; dann wäre m. E. die Entscheidung völlig unverständlich, denn wenn der Mann vielleicht negotiandi causa etwas aus einem Bauwerke wegnimmt, das er auf Dotalgrundstücken aufgeführt hat, warum soll er dann nicht unter die Normen der genannten Senatsschlüsse fallen? Marcellus will vielmehr mit diesen Worten die Senatsworte „qui rerum suarum possessores futuri" umschreiben: der Mann darf Baustücke herausnehmen, die nach der Wegnahme seinem eigenen Gebrauche dienen sollen, die in seinem Besitz stehen, also nicht veräußert werden. Dann ist die Entscheidung verständlich; zwar veräußert vielleicht der Mann das Dotalgrundstück mit dem darauf stehenden Gebäude früher oder später, indem er es bei der Rückgabe der Dos der Frau zurückübereignet, doch diese Veräußerung fällt nach der wohl begreiflichen Ansicht unsrer Juristen nicht unter das Senatskonsult.

Nunmehr zurück zu unserm Fr. 9. Es steht jetzt fest, daß bereits das klassische Recht ein Wegnahmerecht des Ehemanns kannte; Ulpian kann recht wohl in Fr. 9 eine

---

[1]) Bachofen 202, 212. — [2]) Die Stelle wird von Bachofen 209 ganz ungenügend interpretiert.



ähnliche Erörterung wie in Fr. 43 geschrieben haben, ja wir haben, wie ich glaube, sogar ein Indiz dafür, daß er wirklich so geschrieben hat, nämlich in dem rätselhaften Schlußsatze des Fr. 9: permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit. Dieser Satz ist in seinem jetzigen Zusammenhange so unverständlich, daß er schwerlich interpoliert sein dürfte: es wird der stehen gebliebene Rest des echten Textes sein. Die Worte klingen an an den Passus des Senatsschlusses, der die Wegnahme erlaubt „si rerum suarum possessores futuri sint" und noch mehr an die Worte des Marcellus „posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint"; jedenfalls wird der bisher unverständliche Schlußsatz des Fr. 9 sofort klar, wenn wir ihn auf die genannten Senatsschlüsse beziehen: der Mann darf wegnehmen, was nach der Abtrennung in seinem Eigentume sein und bleiben, von ihm also nicht zu Veräußerungszwecken abgetrennt wird[1]); das ist — etwas anders und genauer formuliert — dasselbe was der Senat sagt: der Mann darf Baustücke herausnehmen, wenn er der Besitzer bleibt.

Die Kritik des Fr. 9 ist damit beendet. Wörtlich rekonstruieren läßt sich der klassische Text nicht; was aber, sachlich betrachtet, Ulpian zuzuschreiben ist und was den Kompilatoren, das ist nunmehr klar: Ulpian gab wie Marcellus dem Manne ein sich ohne weiteres aus seinem Eigentum ergebendes Wegnahmerecht; die Kompilatoren formulierten diese Befugnis als einen speziellen Rechtsbehelf gerade für die impensae voluptariae, engten sie aber auch dadurch ein, daß sie der Frau gestatteten, durch Angebot des Wertes das Wegnahmerecht zu beseitigen.[2])

---

[1]) Man wende nicht ein, si eius futurum est heiße doch nur, wenn es sein Eigentum werden, nicht auch bleiben wird, denn denselben Einwand könnte man gegen die Formulierung des Senats erheben. Der Senat redet eben nicht ganz genau, und die Juristen wollen sich nicht zu weit vom Wortlaut entfernen. — [2]) So richtig Pampaloni, Rivista 239 zu Note 2. Die Sinaischolien (IX § 20) geben dem überlieferten Digestentexte keine hinreichende Stütze, ich halte sie mit Riccobono (Bull. 9, 285, Mélanges Fitting a. a. O.), Koschaker (Savigny-Z. 33, 386 Note), Zanzucchi (Savigny-Z. 29, 434 Note 1), Bonfante (Storia del diritto romano 2. ed. 1908 S. 820), Beseler (Beiträge 2, 39), neustens auch Peters (Ber. d. Sächs. Ges. d. Wiss. 65, 89 ff.)

Wir wenden uns nunmehr zur Behandlung der impensae utiles.

Unsere Quellen berichten uns übereinstimmend an drei Stellen folgenden klassischen Satz: der Mann kann die dos retinieren, wenn die nützlichen Verwendungen mit Willen der Frau gemacht worden sind. So berichtet zunächst Justinian über das klassische Recht:

C. (5, 13) 1, 5e

utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris.

und die Richtigkeit dieses Berichtes bestätigt uns Paulus an zwei Stellen:

D. (50, 16) 79, 1

Paulus libro sexto ad Plautium.

„utiles impensas" esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant ... quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere.

D. (25, 1) 8

Paulus libro septimo ad Sabinum.

Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem.

Wir haben keinen Grund, diesen übereinstimmenden Berichten zu mißtrauen und kennen damit also das Endergebnis der klassischen Rechtsentwicklung in dieser Frage. Über die Entwicklung selbst geben uns die beiden Paulus-Fragmente, wie ich glaube, eine Andeutung: die frühklassische Doktrin scheint die Lehre vertreten zu haben, daß wegen der nützlichen Verwendungen schlechthin, genau wie wegen der notwendigen, dem Manne ein Retentionsrecht zustehe; die Polemik des Paulus ist sonst kaum verständlich. Die Entwicklung ist also nicht, wie man wohl gemeint hat[1]), die

---

für interpoliert. P. Krüger, Geschichte der Quellen (2. Aufl.) S. 363 N. 13 und Seckel im Handlexikon 587 sind freilich immer noch anderer Ansicht. Vgl. auch unten S. 87, 103.

[1]) So Bechmann 2, 330, Czyhlarz 345, Dernburg, Compensation 153, Pernice, Labeo 2, 1 S. 387, Karlowa 2, 225, Riccobono,

gewesen, daß zunächst wegen der nützlichen Verwendungen überhaupt kein Retentionsrecht bestanden habe und erst später in dem angegebenen begrenzten Umfange erstritten worden ist; sondern gerade umgekehrt: die Befugnisse des Mannes waren anfangs ausgedehnter und wurden später, entsprechend der ganzen Entwicklungstendenz des Dotalrechts überhaupt, eingeschränkt.[1]) Doch diese Frage ist für uns nur von sekundärem Interesse, genug, daß wir wissen, bei welchem Satze die klassische Entwicklung schließlich anlangte.

Ebenso unzweideutig sind wir darüber unterrichtet, was Justinian an dieser klassischen Ordnung ändern wollte. Er sagt es uns selbst in seiner Reformverordnung:

C. (5, 13) 1, 5e.

Cum . . . utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.

Da bei nützlichen Aufwendungen natürlich immer ein utiliter gestum vorliegt, so besagt also diese Verordnung: wegen impensae utiles hat der Mann stets eine Ersatzklage.[2]) So gibt den Inhalt der Verordnung auch ganz richtig Theodorus an: Utiles impensae petuntur actione mandati, si voluntate mulieris factae sunt. Alioquin petuntur actione negotiorum gestorum.[3]) Daß diese beiden hier gewährten Klagen dem klassischen Rechte fremd waren, ist schon aus

---

Bull. 9, 241 N. 2. Die einzige Quellenstelle, auf die sich alle stützen, D. (23, 5) 18, sagt aber gar nicht das, was man aus ihr herausliest, wie unten S. 73f. zu zeigen sein wird.

[1]) Danach müßte in der Rechtsregel ursprünglich das Wort „necessariae" gefehlt haben; in der Tat sagt Ulpian in D. (33, 4) 1, 4 zweimal hintereinander Impensae dotem ipso iure minuunt. Doch will ich auf diese offensichtlich stark zusammengestrichene Stelle (Dernburg, Compensation 129) kein Gewicht legen. — [2]) Czyhlarz 386, 346; Riccobono, Bull. 9, 242f. 247; schwerlich richtig Dernburg, Compensation 155 N. 1. — [3]) Schol. 12 zu Bas. (29, 1) 119, Heimb. 3, 453.

allgemeinen Erwägungen wahrscheinlich [1]), von der actio mandati sagt es uns Justinian selbst [2]), und Thalelaeus betont es noch schärfer:

Schol. 9 zu Bas. (29, 1) 119. [3])

Et dicit Thalelaeus textum exponens: Quoniam enim maritus rerum dotalium dominus est, et in res suas impendit: quomodo potest esse mandati actio ex his, quae quis in res suas impendit? Ideo igitur tanquam ex sua auctoritate hoc dixit constitutio.

Die Kompilatoren müssen diese ihre Neuerung natürlich auch in den Digesten durchgeführt haben. D. (50, 16) 79 hätten sie freilich nicht unverändert aufnehmen dürfen, die Stelle widerspricht, wie schon Enantiophanes bemerkt hat, der justinianischen Verordnung direkt [4]); aber daß den Kompilatoren eins der vielen Fragmente im Titel de verborum significatione entging, ist ja nicht weiter verwunderlich. Auffälliger ist, daß sie gerade im Impensentitel 25, 1 das Fr. 8 aufgenommen haben; sie glaubten aber wohl den Widerspruch mit der kaiserlichen Verordnung dadurch vermieden zu haben, daß sie die klassische retentio nicht wie sonst durch exactio, sondern durch deductio ersetzten: sie wollten die Stelle wohl dahin verstanden wissen, durch Abzüge aus der dos dürfe der Mann sich nur befriedigen, wenn die Aufwendungen mit Zustimmung der Frau gemacht worden sind, eine Ersatzklage habe er natürlich auch sonst. In ihrem Sinne interpoliert haben jedenfalls die Kompilatoren das unmittelbar voraufgehende Fragment:

D. (25, 1) 7

Ulpianus libro trigensimo sexto ad Sabinum.

. . . quarum (scil. impensarum) utiles *non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent exactionem.*

Man erhält noch keinen klassischen Text, wenn man lediglich mit P. Krüger retentionem für exactionem einsetzt [5]): man kann zwar sagen, vir habet retentionem propter impensas, nicht aber, daß die Impensen das Retentionsrecht

---

[1]) Bechmann 2, 329, Czyhlarz 346. Über die Älteren siehe Mayer 8 N. 36. — [2]) Verb. „mandati actionem a nostra auctoritate indulgeri". — [3]) Heimb. 3, 452. — [4]) Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 8, Heimb. 3, 293. — [5]) Digestenausg. ad h. l.

hätten. Schwerlich wird auch der Klassiker behauptet haben, die nützlichen Verwendungen minderten auch dann, wenn ein Retentionsrecht gegeben sei, die dos nicht ipso iure, denn diese ipso iure Minderung bedeutet ja für den Klassiker, wie wir sehen werden, nichts weiter als die Möglichkeit der Retention.[1]) Vor allem muß aber auch Ulpian die Einschränkung des Retentionsrechtes auf den Fall der Zustimmung der Ehefrau ausgesprochen haben, was die Kompilatoren natürlich streichen mußten.[2]) So darf denn der kurze Schlußsatz des Fr. 7 als gründlich verändert bezeichnet werden.

Gleichfalls im Sinne der justinianischen Reformverordnung ist interpoliert

D. (24, 3) 7, 16

Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.

Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arendo serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. *sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.* plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua conlapsam restituerit, erit eius impensae *petitio.* simili modo et si pastina instituit. *hae enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem.*

Es handelt sich hier um den Schlußsatz. Für seine Interpolation sprechen folgende Gründe: 1. Daß „actionem" für „rententionem" interpoliert ist, wird jeder zugeben[3]), aber auch nach dieser Korrektur erhält man noch keinen klassischen Satz; Ulpian hätte ja dann gesagt, daß notwendige und nützliche Verwendungen schlechthin dem Manne ein Retentionsrecht geben; für die impensae utiles ist das aber, wie wir gesehen haben, falsch, sie geben ein Retentionsrecht nur, wenn die Verwendungen mit Zustimmung der Frau gemacht worden sind. Dagegen entspricht der Satz so wie er

---

[1]) Siehe unten S. 75 ff.; dieselbe Interpolation unten S. 92 f. — [2]) Dies hat bereits richtig Riccobono, Bull. 9, 246 bemerkt. — [3]) So schon Czyhlarz 347 N. 12, P. Krüger in seiner Digestenausg. zu d. St.

überliefert ist, vollkommen der Verordnung Justinians. 2. Das Wort „necessario“ ist in dem jetzigen Zusammenhange überflüssig: auch wenn Ulpian schrieb si novam villam exstruxit..., wäre doch der Satz richtig gewesen: diese Aufwendungen sind entweder notwendig oder nützlich. Ulpian sprach wohl nur von notwendigen Verwendungen[1]) und konnte dann allerdings ohne Einschränkungen sagen, sie erzeugten ein Retentionsrecht. 3. Die Stelle hat einen stilistischen Mangel: das störende Wort res, das Mommsen streichen wollte, und das sich doch schwer als Abschreiberversehen erklären läßt. 4. Die Begründung, die der Schlußsatz geben will (enim), paßt nicht. Ulpian sprach zunächst von den Fruchtgewinnungskosten und betonte, daß deswegen kein Retentionsrecht gegeben sei, wenn der Mann die Früchte behalte. Wenn er nun andre Fälle entgegenstellte, in denen er dem Manne ein Zurückbehaltungsrecht zusprach, so konnte er dieses Recht nicht damit begründen, hier lägen notwendige oder nützliche Verwendungen vor; er mußte vielmehr sagen: der Ehemann hat hier ein Retentionsrecht, weil es sich nicht um Aufwendungen zur Fruchtgewinnung handelt, sondern um Aufwendungen auf das Kapital, etwa hae enim impensae in res ipsas fiunt pariuntque marito retentionem. Möglich, daß aus dieser wahrscheinlichen Begründung noch das rätselhafte „in res“ unsres Textes stehen geblieben ist. Tatsache und Ziel der Interpolation ist m. E. auf alle Fälle klar.[2])

Verdächtig ist schließlich noch

D. (23, 5) 18.

Javolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis.

> Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam

---

[1]) Das hat schon richtig Riccobono, Bull. 9, 234 N. 1 vermutet. — [2]) Schon Riccobono, Bull. 9, 247 meint, daß in unserer Stelle i compilatori poterono menzionare, accanto alle spese necessarie, le spese utili, e dire che pariunt marito actionem. Siehe auch S. 234 N. 1. Er hat aber seine These m. E. nicht ausreichend begründet, auch seine Rekonstruktion (hae enim impensae in necessarias cedunt pariuntque marito retentionem) kann ich nach den Ausführungen im Text nicht billigen.

mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego *non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere* existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.

D. (24, 3) 7, 13

Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.

Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi talis sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.[1])

Es ist ohne weiteres klar, daß das Fr. 7 total von den Kompilatoren zerrüttet worden ist. Ulpian schrieb in seiner sorgfältigen Art die Erörterung des Javolenus aus, den Kompilatoren aber wurde wie so oft, der weitläufige Literaturbericht zu lang und sie strichen ihn in eine kurze Inhaltsangabe zusammen, freilich so barbarisch, daß der Text an allen Enden klafft und so wie er jetzt dasteht gar keinen Sinn gibt. Hier Konjekturalkritik anzuwenden[2]), wäre methodisch verfehlt, dem Sinne nach hat sich Ulpian wohl wie Labeo und Javolen entschieden. Das Fr. 18 macht zunächst den Eindruck völliger Unversehrtheit, bei näherem Zusehen fallen aber auf die Worte: ego non tantum necessarias sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo; hiernach hat der Mann wegen nützlicher Verwendungen schlechtweg einen Ersatzanspruch. Dieser ganz im Sinne der justinianischen Verordnung geschriebene Satz könnte freilich an sich auch Javolenus zuzutrauen sein: Javolen könnte ja möglicherweise zu denen gehört haben, die abweichend von der späteren klassischen Doktrin wegen nützlicher Ver-

---

[1]) Zu diesen Stellen siehe Czyhlarz 238 N. 7, Schroeder, ArchZivPrax. 49, 360ff. — [2]) Dies ist vielfach versucht worden: siehe Mommsens Digestenausgabe und die in der vorhergehenden Note zitierte Literatur.

wendungen stets ein Retentionsrecht gewährten.[1]) Aber gerade in dieser Stelle fällt der Satz doch auf. Javolen tut so, wie wenn Labeo prinzipiell nur wegen notwendiger Verwendungen ein Retentionsrecht gewähre, wegen impensae utiles es schlechthin versage; unsere Ausleger haben sich dadurch sämtlich täuschen lassen und vertreten, allein auf Grund dieser Stelle, die schon früher von uns erwähnte Lehre: ursprünglich habe ein Retentionsrecht nur für impensae necessariae bestanden und Labeo sei noch ein Vertreter dieser alten Lehre.[2]) Nach dem oben Bemerkten[3]) ist das schon an sich unwahrscheinlich, Labeo sagt aber in unsrer Stelle auch gar nicht, was man ihm unterschiebt. Seine Worte „es handelt sich nicht um impensae necessariae, und das Grundstück ist verschlechtert" sind doch nur stilistisch verschieden von dem Satze „es sind weder notwendige noch nützliche Aufwendungen gemacht": wenn das Grundstück schlechter geworden ist, so kann eben von impensae utiles keine Rede sein. Nur ein sehr flüchtiger Leser konnte aus Labeos Worten herauslesen, daß er ein Retentionsrecht wegen impensae utiles schlechthin ablehne, und dieser flüchtige Leser wird wohl eher ein Kompilator gewesen sein als Javolen; glaubte aber der Kompilator, daß Labeo wegen nützlicher Verwendungen den Ersatz versage, so mußte er natürlich eingreifen und im Sinne der Verordnung Justinians bestimmen, daß nützliche Verwendungen stets zu ersetzen seien. Bedenkt man, daß Javolenus nach der Parallelstelle Fr. 7 offenbar in seiner Note darauf hingewiesen hatte, der Marmor gehöre unter Umständen zu den Früchten, so ist es nicht unwahrscheinlich, daß er in Fr. 18 schrieb: ego marmor in fructu esse existimo nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinae et rel. Immerhin läßt sich bei dieser Stelle Gewißheit über die Interpolation nicht erbringen. —

Soviel von den impensae utiles und voluptariae. Die bisherigen Feststellungen lassen m. E. einen Schluß zu auf die Behandlung der notwendigen Verwendungen im klassischen wie im justinianischen Recht. Bedenken wir die

---

[1]) Siehe oben S. 68. — [2]) So die oben S. 68 N. 1 angeführten Schriftsteller. — [3]) Oben S. 68f.

klassische Stufenfolge: Luxusaufwendungen geben gar keinen Rechtsbehelf, nützliche Verwendungen geben ein Retentionsrecht, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht worden sind, so ergibt sich als nächste Stufe: notwendige Verwendungen verleihen stets ein Retentionsrecht, aber auch weiter nichts. Diese Behandlung der impensae necessariae bezeugt uns auch ausdrücklich Paulus:

D. (23, 3) 56, 3

Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur.

Diese Äußerung muß echt sein, einfach deshalb, weil sie Justinians Reformverordnung, die die Retentionen abschaffen wollte, widerspricht; niemals konnten die Kompilatoren einen solchen Satz schreiben.[1])

Erinnern wir uns nun der justinianischen Behandlung der nützlichen und Luxusaufwendungen. Die Stufenfolge war hier: Luxusaufwendungen gewähren ein besonders gestaltetes ius tollendi, nützliche Verwendungen stets eine Ersatzklage; es ist klar, daß die Kompilatoren bei den notwendigen Verwendungen nicht einfach in der klassischen Ordnung die retentio durch eine actio ersetzen konnten, sonst hätten sie als nächste Stufe erhalten: notwendige Verwendungen gewähren stets ein Klagerecht, und damit wären die notwendigen Verwendungen den nützlichen gleichgestellt worden. Eine Ersatzklage war im justinianischen Recht für die impensae necessariae zu wenig, man mußte sie irgendwie privilegieren, aber wie?

In seiner Reformverordnung, die die Behandlung der Impensen ungewöhnlich wortkarg abhandelt, sagt uns Justinian nicht ganz deutlich, wo er hinaus will:

C. (5, 13) 1, 5e

Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. cum enim necessariae quidem expensae

---

[1]) Dasselbe gilt von J. (4, 6) 37: ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur. Also weil die Regel gilt, daher Retention und nichts weiter.

dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri . . .

Justinian fällt in diesem Satze offensichtlich aus der Konstruktion: zu dem Vordersatze cum enim — quantitates fehlt der Nachsatz, denn der nachher folgende Nachsatz bezieht sich allein auf die nützlichen Aufwendungen; hinzuzudenken ist als Nachsatz hinter quantitates etwa „et ideo retentione opus non est". In diesem Sinne stellen schon die Basiliken den Inhalt der Verordnung dar:

Bas. (29, 1) 119[1])

Sed neque ob impensas retentio amplius sit. Nam si quidem necessariae sunt, ipso iure dos minuitur: si vero eae, quae dotem meliorem reddunt, si quidem voluntate mulieris erogatae sunt, mandatum est . . . .

Justinians Gedankengang ist also dieser: alle Retentionen sind überflüssig; denn wegen Luxusaufwendungen gebe ich ein ius tollendi, wegen impensae utiles stets eine Ersatzklage, bei impensae necessariae aber brauche ich keine Ersatzklage zu geben und erst recht kein Retentionsrecht, da sich hier alles von selber reguliert kraft des Satzes impensae necessariae dotem ipso iure minuunt: in Höhe der notwendigen Verwendungen scheidet automatisch ein Teil aus der Dos aus. Daß Justinian so die ipso iure Minderung verstanden wissen wollte, zeigt auch das bereits besprochene interpolierte Fr. 7 D. 25, 1[2]), in dem Justinian von den impensae utiles sagt, „sie minderten zwar die dos nicht ipso iure, seien aber doch immer einklagbar": die ipso iure Minderung also ein Plus gegenüber der Ersatzklage, weil sie diese unnötig macht.

Diese Idee, die Justinian in seiner Verordnung nur flüchtig und programmatisch hinwarf, haben nun die Kompilatoren weiter verarbeitet. Freilich, die Institutionenverfasser haben sich ihre Aufgabe leicht gemacht, haben einfach ihre klassische Vorlage ausgeschrieben und für alles Nähere auf die Digesten verwiesen.[3]) Die Digestenbearbeiter aber schränkten die

1) Heimb. 3, 451. — 2) Siehe oben S. 70f. — 3) I. (1, 6) 37: propter

These der kaiserlichen Verordnung in sogleich näher zu charakterisierender Weise ein, führten sie aber auch, mit dieser Einschränkung, in zwei großen Interpolationen gegenüber dem klassischen Rechte durch. Es sind dies die beiden Pandektenstellen, um die seit Jahrhunderten gestritten worden ist[1]), und die wir nunmehr zu analysieren haben.

D. (23, 3) 56, 3

Paulus libro sexto ad Plautium.

Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. sed et si tantum in fundum dotalem impensum sit *per partes* quanti fundus est, non desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, *nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.* si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui. quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos *an ex integro data videbitur? cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an iam pecunia in dote esse videbitur? et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.*

D. (25, 1) 5pr., 1

Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.

Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: *etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam.*[2]) *ceterum haec res faciet desinere esse*

---

retentionem quoque dotis repetitio minuitur: nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur sicut ex latioribus digestorum libris cognoscere liceat.

[1]) Merenda § 2: Nam haec res adeo obscura est et tot repleta difficultatibus, ut inter difficiliores iuris nostri quaestiones, mea quidem sententia, numerari possit. — [2]) Wahrscheinlich ist dieser Satz unecht. Denn „absurd" ist eine Minderung der Dotalsachen nur, wenn

fundum dotalem vel partem eius. manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum sed dotis fit deminutio. *ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias.* hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem.

1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat *an vero dicimus ex integro videri dotem?* et ego, *ubi pecunia est,* non dubito dotem videri crevisse.

Beide Fragmente beginnen in korrektem Latein mit der Versicherung, die Rechtsregel von der ipso iure Minderung der Dos wolle nicht etwa besagen, daß in Höhe der Aufwendungen die Dotalgegenstände aufhörten, dotal zu sein; den positiven Inhalt der Regel gibt uns besonders klar Paulus an: die Dotalgegenstände dürfen ganz oder teilweise wegen notwendiger Aufwendungen retiniert werden. Was nun aber in beiden Stellen folgt, ist sachlich wie stilistisch in hohem Maße auffällig.

I. Fr. 56: sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Dieser Satz ist so zu übersetzen: wenn nach und nach (per partes) Aufwendungen auf ein Grundstück in Höhe seines Wertes gemacht worden sind, so hört es nach Scaevola auf, dotal zu sein, wenn nicht die Frau binnen Jahresfrist den Impensenersatz anbietet. Wenn diese Doktrin Scaevolas echt ist, so müßte auch Paulus sie vertreten haben; er widerspricht ihr nicht, erörtert sie vielmehr im Fortgang der Stelle, und daß er das nur hypothetisch getan haben sollte, ist ganz unglaubhaft.[1]) Damit würde

man sich darunter eine physische Minderung vorstellt, woran zwar die Byzantiner, nicht aber Ulpian gedacht haben (siehe unten S. 82). Die ideelle Minderung der einzelnen Sachen ist durchaus nicht absurd, Ulpian kennt ja selbst Fälle solcher Minderung (unten S. 105).

[1]) So richtig Bechmann 2, 275, Czyhlarz 285, Pernice, Labeo 1, 398 N. 56. Dagegen war Cuiacius der Meinung, Paulus erörtere

dann freilich Paulus mit seinem an die Spitze gestellten Prinzip in Widerspruch geraten, aber dieser Widerspruch hätte an sich nichts Verdächtiges, da das Prinzip ja nur in einem ganz besonderen Fall durchbrochen wird.[1]) Indessen sprechen gegen die Echtheit der Entscheidung Scaevolas vier schwere sachliche Bedenken:

1. Warum weicht Scaevola gerade dann von der Regel ab, wenn die Aufwendungen den Wert des Grundstücks erreichen, warum läßt er das Grundstück, wenn die Aufwendungen seinen Wert nicht erreichen, nicht entsprechend zu einem ideellen Teile aufhören dotal zu sein? Will er „schwierige Kommunionsverhältnisse“ vermeiden?[2]) Aber eine wahre communio würde ja zunächst nicht eintreten, und übrigens scheuen die Juristen bei der lex Falcidia und beim Vindikationslegat eines mit Schulden belasteten peculium keineswegs vor „schwierigen Kommunionsverhältnissen“ zurück.[3]) Eine ratio der Entscheidung ist also nicht zu entdecken.[4])

---

die Lehre Scaevolas nur hypothetisch, ohne sie zu billigen (Ad leg. 1 de dote praeleg. Op. 7, 1366, Mutinae 1779); ihm haben sich angeschlossen Mayer 35f., Dernburg, Compensation 139.

[1]) Glück 416. Mayer 30 glaubt freilich, daß in der Eingangsthese Paulus auch diesen Fall und zwar anders entschieden habe: qua vero ratione efficiatur, ut fundus totus retineatur, nisi impensae factae sint pretio fundi aequales, ecquidem perspicere non possum; Paulus rede von der Retention des ganzen Grundstücks, von dieser könne doch aber nur die Rede sein, wenn Aufwendungen in Höhe des Grundstückswertes gemacht worden sind. Es wäre indes doch denkbar, daß der Mann auch dann das ganze Dotalgrundstück retinieren konnte, wenn die Aufwendungen unter dem Sachwerte zurückblieben. — [2]) So Pernice, Labeo 1, 398. — [3]) Siehe unten S. 105f. — [4]) Weit verbreitet war die folgende Rettung der Scaevola-Entscheidung: die Frau habe in solchem Falle, wenn die Aufwendungen den Wert des Grundstücks erreichten, an diesem kein Interesse mehr, jedenfalls zeige sie deutlich, daß ihr an dem Grundstück nichts mehr gelegen sei, wenn sie es nicht innerhalb eines Jahres auslöse. So schon Faber, Coniect. 1, 2: mulieris revera nihil interest fundum illum habere, quem nisi prius oblata integra aestimatione habere non possit: quamvis illius affectioni hactenus indulgetur, ut si fundum habere vel potius redimere malit, maritus intra annum aestimationem accipere compellatur. Ebenso Merenda: praesumitur mulier fundum habuisse pro derelicto; Glück 419, Dernburg, Compensation 137. Von solchen Verlegen-

2. Warum wird hervorgehoben, daß die Aufwendungen, die schließlich den Wert des Grundstücks erreichen, nach und nach gemacht sein müssen? Stephanus beantwortet diese Frage folgendermaßen:

Schol. 4 zu Bas. (29, 1) 52[1])

Quoniam ergo incusabatur maritus, quod in fundum dignum quadringentis nummis quadringentos simul impendisset, merito ponit Iurisconsultus, impensas fieri per partes.

Diese Erklärung ist von vielen, auch von Neueren, angenommen worden[2]), m. E. ist aber eine so grobe Entscheidung Scaevola nicht zuzutrauen: warum soll es nicht Fälle geben, in denen es notwendig wird, auf einmal Aufwendungen in Höhe des Sachwerts zu machen? Z. B. an Stelle eines zusammengestürzten Gebäudes wird ein neues errichtet, hier können die Bauaufwendungen leicht den Wert des Grundstücks erreichen.[3]) M. E. war Johannes vollkommen im Recht, wenn er meinte, daß die Worte per partes im Grunde überflüssig seien.

Gl. Per partes: Per partes ideo dicit, quia non frequenter contingit ut tantum impendatur una vice quanti est fundus, sed si hoc evenit idem erit secundum Ioannem.[4])

3. Woher nimmt der Jurist die Befugnis, eine Frist für das Ersatzangebot der Frau zu statuieren? Sehr richtig hatte schon Cuiacius bemerkt: nec enim potuit Iurisconsultus huic rei praefinire annum; temporum finitio ad leges pertinet aut constitutiones, non ad Iurisconsultos.[5]) Was Spätere gegen ihn vorgebracht haben, ist ganz unstichhaltig[6]), und

heitsauslegungen verstehen wir heute schon kaum mehr, wie sie überhaupt auftauchen konnten. Ganz abstrus Mayer 29.

[1]) Heimbach 3,392. — [2]) Faber, Coniect. 1,2, Majansius § 8 P. 431, Glück 414, Valett 39. — [3]) So mit Recht Mayer 27. Die Unrichtigkeit der herrschenden Auslegung wird besonders klar, wenn man annimmt, daß das vom Manne aufgeführte Haus später durch Zufall wieder abgebrannt ist: hier können die Baukosten sehr leicht den Wert des Bauplatzes erreichen. — [4]) Diese Auslegung übernimmt Dernburg, Compensation 137 N. 2. — [5]) Obs. 23, 12. — [6]) Man lese folgende Proben: Majansius § 7: An igitur dicemus aequum esse, ut mulieri in restituendis impensis, quae pecunia numerata restituuntur, concedi debeat, quod marito in restituenda dote pecuniaria, qui eam reddit annua bima trima die? Qui favor si mulieri concedatur,

mit Recht sind Lenel[1]) und P. Krüger[2]) dem Cuiacius gefolgt und haben wenigstens diese Fristbestimmung für interpoliert erklärt.[3])

4. Die Fristbestimmung ist ungenau angegeben, weil nicht gesagt ist, in welchem Augenblick die Frist zu laufen beginnt, ob im Augenblick der Auflösung der Ehe oder im Augenblick, wo die Verwendungen den Wert der Sache erreichen. Die Frage ist daher im gemeinen Recht bestritten gewesen.[4])

Mit dieser bedenklichen Scaevolaentscheidung vergleiche man nun den folgenden Passus aus dem Fr. 5:

> ceterum haec res ficiet desinere esse fundum dotalem vel partem eius. manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat.

Ich übersetze so: „aber dies (nämlich daß man notwendige Aufwendungen macht) bewirkt, daß das Grundstück ganz oder zu einem ideellen Teile aufhört, dotal zu sein; der Mann behält also die Sache, bis ihm die Aufwendungen ersetzt werden".[5]) Bei dieser Übersetzung ist ohne weiteres

---

credibile est proportione servata prudentum interpretatione redactum fuisse ad annum, quia fere semper (!) impensae non excedunt tertiam partem (!). Merenda § 11 war der Meinung, die Stelle nenne die Jahresfrist nur als Beispiel einer angemessenen Frist. Cum autem ut plurimum annus sit tempus sufficiens ad deliberandum, merito Ictus post huiusmodi temporis lapsum praesumit animum habendi fundum pro derelicto. Et ideo iudex cuius est munus voluntatis quaestiones dirimere, poterit secundum circumstantias maius spatium exigere, vel minori contentum esse: neque enim potuit Ictus aut debuit tempus huiusmodi praecise constituere. Prachtvoll Glück 420: „Warum aber gerade ein Jahr bestimmt worden? davon läßt sich wohl kein anderer Grund angeben, als weil man gerade ein Jahr für hinreichend hielt" (!). So auch Mayer 29. Ganz Verfehltes bei Bestius 205, Valett 41.

[1]) Paling. Paulus 1128 N. 2. — [2]) In seiner Digestenausgabe ad h. l. — [3]) Auch Karlowa 2, 225 scheint die Jahresfrist auffällig: „sie ist etwas so Positives, daß man meinen sollte, sie könne nur auf eine Rechtsquelle zurückgehen, welche die Kraft zur Aufstellung solcher positiver Sätze hätte". Die Möglichkeit einer Interpolation zieht er indessen doch nicht in Rechnung, glaubt vielmehr, Scaevola habe die Frist statuiert in Analogie zu der einjährigen Auslösungsfrist, die dem Eigentümer der Pfandsache bei der impetratio dominii zusteht. — [4]) Siehe Czyhlarz 285 N. 11. — [5]) So haben die Stelle viele der älteren Ausleger verstanden; Glück 410ff., aber auch Dorotheus. Siehe die folgende Anmerkung.

klar, daß diese Sätze interpoliert sein müssen: sie werfen ja vollständig um, was Ulpian eben im Vorhergehenden als seine Meinung aufgestellt hat. Die gemeinrechtliche Auslegung suchte diesen Widerspruch Ulpians mit sich selbst dadurch zu beseitigen, daß sie das Wort ceterum im Sinne von alioquin verstand; sie übersetzte: „andernfalls würde infolge der Impensen das Grundstück ganz oder teilweise aufhören, dotal zu sein; der Mann übt also sein Retentionsrecht solange aus, bis er Ersatz der Aufwendungen erhält.“[1]) Gewiß kann ceterum auch im Sinne von alioquin gebraucht werden[2]), aber in unserer Stelle kann es diese Bedeutung nicht haben. Im Vorangehenden erklärt Ulpian, durch die Impensen könnten die Dotalgegenstände nicht corporaliter gemindert werden; da er nun nicht auf den Gedanken kommen kann, daß die Materie der Dotalgegenstände durch die Aufwendungen gemindert wird[3]), so kann er mit diesen

---

[1]) Valett 33, Glück 412f. Der Sache nach kommt es auf dasselbe heraus, wenn die Glosse (Gl. ceterum) schreibt: „si hoc admitteremus. Ioannes“. Diese Auslegung haben angenommen Dernburg, Compensation 131, Czyhlarz 284 N. 10, Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn diejenigen, die ceterum im Sinne von alioquin verstehen sich auf Dorotheus Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 5, Heimb. 3, 297 berufen; Dorotheus schreibt: *μωρὸν γάρ ἐστι λέγειν, μείωσιν τοῦ σώματος γίνεσθαι διὰ τῶν νομισμάτων. ἀλλὰ σώζεται μὲν ὁ ἀγρός, παύεται δὲ εἶναι προκιμαῖος.* Fabrot wollte statt *ἀλλὰ ἄλλως* schreiben, Heimbach übersetzt wenigstens das *ἀλλὰ* mit alioquin, beides aber mit Unrecht. Die Worte *ἀλλὰ σώζεται ὁ ἀγρός*, die in der lateinischen Vorlage fehlen, zeigen, daß Dorotheus unter der „körperlichen Minderung“ die physische Minderung der Materie verstand, dann konnte er aber unmöglich mit alioquin fortfahren. Was er sagen wollte, kann nur dies sein: es ist sinnlos, an eine physische Minderung des Grundstücks zu denken; aber, wenn auch das Grundstück physisch erhalten bleibt, aus der Dos scheidet es doch aus. So hat die Stelle schon richtig Dernburg, Compensation 130 N. 1 verstanden. — [2]) Siehe die Belege im Thesaurus Linguae Latinae 3, 972, vgl. auch Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. — [3]) Bei Dorotheus freilich findet sich, wie in N. 1 gezeigt, dieser Gedankengang, und wie er hat Bechmann 2, 272 die Ulpianstelle verstanden, Ulpian ist aber m. E. eine so kindische Idee nicht zuzutrauen. Richtig Mayer 16, Czyhlarz 283 N. 9. Auch sehen wir ja aus D. (33, 8) 6 pr. 8 pr., daß Ulpian unter der deminutio corporum nur die ideelle Minderung verstand. Siehe zu diesen Stellen unten S. 105.

Worten nur sagen wollen: infolge notwendiger Impensen scheiden Dotalgegenstände weder ganz noch teilweise aus der Dos aus. Nimmt man nun ceterum gleich alioquin, so kommt folgender Satz heraus: infolge der Impensen scheidet eine Dotalsache, z. B. ein Grundstück, nicht aus der Dos aus, andernfalls hörte das Grundstück ja auf, dotal zu sein! Solch tautologisches Gerede darf man Ulpian nicht zutrauen. Übrigens weist der Satz noch zwei weitere Anstände auf: 1. Die Florentina liest ceterum haec res ficiet. Auch wenn man ficiet in faciet oder efficiet verbessert oder res ficiet in efficiet[1]), das Wort „haec“ findet im Vorangehenden keinen Anschluß; das, worauf es bezogen sein will, muß man sich erst mühsam zusammenlesen. 2. Das Wort detentatio kommt in den Pandekten nur noch einmal vor, und da ist es sicher unecht.[2]) Freilich findet sich das Wort

[1]) Siehe über die verschiedenen Konjekturen Krügers und Gebauer-Spangenbergs Digestenausgabe ad h. l. — [2]) Das Wort kommt nach Vocabularium Iur. Rom. 2, 198 Z. 21 außer an unserer Stelle nur noch vor in D. (4, 6) 15, 3: Ulpianus libro duodecimo ad edictum. Sed quod simpliciter praetor edixit „posteave“ ita accipiendum est, ut, si inchohata sit bonae fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso, restitutionis auxilium locum habeat non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit hoc contigit, id est dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum: nam eum qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit. — Detentatio ist für usucapio interpoliert, genau wie in D. (4, 6) 23, 1 coeptam possessionem für coeptam usucapionem; die letztere Interpolation hat schon P. Krüger angemerkt. Die Stelle ist aber noch viel stärker interpoliert; Indizien: Ulpian bespricht das Edikt über die Restitution der Maiores (Lenel 117). Danach wird jemand restituiert, wenn er in seiner Abwesenheit oder später (posteave) ein Recht durch Ersitzung verloren hat; Ulpian konnte dazu nur sagen, das posteave sei nicht zu liberal zu interpretieren, der Zurückgekehrte müsse sobald wie möglich suchen, die Ersitzung zu unterbrechen. Statt dessen redet der Schlußsatz von einem qui differt restitutionem! Aber es handelt sich ja gar nicht um die Wahrung der Restitutionsfrist, nicht um einen, der den Antrag auf Restitution verzögert, sondern um einen, der durch sein Zögern den Rechtsverlust erst herbeiführt, der die Unterbrechung der Ersitzung versäumt. Statt restitutionem muß Ulpian wie Paulus in dem gleich darauf folgenden Fr. 16 litis contestationem geschrieben haben. Ferner ist „absentiam“ falsch, es kann sich nur um den Beginn der Ersitzung vor der Rückkehr handeln; streicht man aber mit Mommsen und Lenel das Wort als Glossem,

klar, daß diese Sätze interpoliert sein müssen: sie werfen ja vollständig um, was Ulpian eben im Vorhergehenden als seine Meinung aufgestellt hat. Die gemeinrechtliche Auslegung suchte diesen Widerspruch Ulpians mit sich selbst dadurch zu beseitigen, daß sie das Wort ceterum im Sinne von alioquin verstand; sie übersetzte: „andernfalls würde infolge der Impensen das Grundstück ganz oder teilweise aufhören, dotal zu sein; der Mann übt also sein Retentionsrecht solange aus, bis er Ersatz der Aufwendungen erhält.“[1]) Gewiß kann ceterum auch im Sinne von alioquin gebraucht werden[2]), aber in unserer Stelle kann es diese Bedeutung nicht haben. Im Vorangehenden erklärt Ulpian, durch die Impensen könnten die Dotalgegenstände nicht corporaliter gemindert werden; da er nun nicht auf den Gedanken kommen kann, daß die Materie der Dotalgegenstände durch die Aufwendungen gemindert wird[3]), so kann er mit diesen

---

[1]) Valett 33, Glück 412f. Der Sache nach kommt es auf dasselbe heraus, wenn die Glosse (Gl. ceterum) schreibt: „si hoc admitteremus. Ioannes“. Diese Auslegung haben angenommen Dernburg, Compensation 131, Czyhlarz 284 N. 10, Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn diejenigen, die ceterum im Sinne von alioquin verstehen sich auf Dorotheus Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 5, Heimb. 3, 297 berufen; Dorotheus schreibt: *μωρὸν γάρ ἐστι λέγειν, μείωσιν τοῦ σώματος γίνεσθαι διὰ τῶν νομισμάτων. ἀλλὰ σώζεται μὲν ὁ ἀγρός, παύεται δὲ εἶναι προκιμαῖος.* Fabrot wollte statt *ἀλλὰ ἄλλως* schreiben, Heimbach übersetzt wenigstens das *ἀλλὰ* mit alioquin, beides aber mit Unrecht. Die Worte *ἀλλὰ σώζεται ὁ ἀγρός*, die in der lateinischen Vorlage fehlen, zeigen, daß Dorotheus unter der „körperlichen Minderung“ die physische Minderung der Materie verstand, dann konnte er aber unmöglich mit alioquin fortfahren. Was er sagen wollte, kann nur dies sein: es ist sinnlos, an eine physische Minderung des Grundstücks zu denken; aber, wenn auch das Grundstück physisch erhalten bleibt, aus der Dos scheidet es doch aus. So hat die Stelle schon richtig Dernburg, Compensation 130 N. 1 verstanden. — [2]) Siehe die Belege im Thesaurus Linguae Latinae 3, 972, vgl. auch Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. — [3]) Bei Dorotheus freilich findet sich, wie in N. 1 gezeigt, dieser Gedankengang, und wie er hat Bechmann 2, 272 die Ulpianstelle verstanden, Ulpian ist aber m. E. eine so kindische Idee nicht zuzutrauen. Richtig Mayer 16, Czyhlarz 283 N. 9. Auch sehen wir ja aus D. (33, 8) 6 pr. 8 pr., daß Ulpian unter der deminutio corporum nur die ideelle Minderung verstand. Siehe zu diesen Stellen unten S. 105.

Worten nur sagen wollen: infolge notwendiger Impensen scheiden Dotalgegenstände weder ganz noch teilweise aus der Dos aus. Nimmt man nun ceterum gleich alioquin, so kommt folgender Satz heraus: infolge der Impensen scheidet eine Dotalsache, z. B. ein Grundstück, nicht aus der Dos aus, andernfalls hörte das Grundstück ja auf, dotal zu sein! Solch tautologisches Gerede darf man Ulpian nicht zutrauen. Übrigens weist der Satz noch zwei weitere Anstände auf: 1. Die Florentina liest ceterum haec res ficiet. Auch wenn man ficiet in faciet oder efficiet verbessert oder res ficiet in efficiet[1]), das Wort „haec" findet im Vorangehenden keinen Anschluß; das, worauf es bezogen sein will, muß man sich erst mühsam zusammenlesen. 2. Das Wort detentatio kommt in den Pandekten nur noch einmal vor, und da ist es sicher unecht.[2]) Freilich findet sich das Wort

[1]) Siehe über die verschiedenen Konjekturen Krügers und Gebauer-Spangenbergs Digestenausgabe ad h. l. — [2]) Das Wort kommt nach Vocabularium Iur. Rom. 2, 198 Z. 21 außer an unserer Stelle nur noch vor in D. (4, 6) 15, 3: Ulpianus libro duodecimo ad edictum. Sed quod simpliciter praetor edixit „posteave" ita accipiendum est, ut, si inchobata sit bonae fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso, restitutionis auxilium locum habeat non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit hoc contigit, id est dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum: nam eum qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit. — Detentatio ist für usucapio interpoliert, genau wie in D. (4, 6) 23, 1 coeptam possessionem für coeptam usucapionem; die letztere Interpolation hat schon P. Krüger angemerkt. Die Stelle ist aber noch viel stärker interpoliert; Indizien: Ulpian bespricht das Edikt über die Restitution der Maiores (Lenel 117). Danach wird jemand restituiert, wenn er in seiner Abwesenheit oder später (posteave) ein Recht durch Ersitzung verloren hat; Ulpian konnte dazu nur sagen, das posteave sei nicht zu liberal zu interpretieren, der Zurückgekehrte müsse sobald wie möglich suchen, die Ersitzung zu unterbrechen. Statt dessen redet der Schlußsatz von einem qui differt restitutionem! Aber es handelt sich ja gar nicht um die Wahrung der Restitutionsfrist, nicht um einen, der den Antrag auf Restitution verzögert, sondern um einen, der durch sein Zögern den Rechtsverlust erst herbeiführt, der die Unterbrechung der Ersitzung versäumt. Statt restitutionem muß Ulpian wie Paulus in dem gleich darauf folgenden Fr. 16 litis contestationem geschrieben haben. Ferner ist „absentiam" falsch, es kann sich nur um den Beginn der Ersitzung vor der Rückkehr handeln; streicht man aber mit Mommsen und Lenel das Wort als Glossem,

klar, daß diese Sätze interpoliert sein müssen: sie werfen ja vollständig um, was Ulpian eben im Vorhergehenden als seine Meinung aufgestellt hat. Die gemeinrechtliche Auslegung suchte diesen Widerspruch Ulpians mit sich selbst dadurch zu beseitigen, daß sie das Wort ceterum im Sinne von alioquin verstand; sie übersetzte: „andernfalls würde infolge der Impensen das Grundstück ganz oder teilweise aufhören, dotal zu sein; der Mann übt also sein Retentionsrecht solange aus, bis er Ersatz der Aufwendungen erhält."[1]) Gewiß kann ceterum auch im Sinne von alioquin gebraucht werden[2]), aber in unserer Stelle kann es diese Bedeutung nicht haben. Im Vorangehenden erklärt Ulpian, durch die Impensen könnten die Dotalgegenstände nicht corporaliter gemindert werden; da er nun nicht auf den Gedanken kommen kann, daß die Materie der Dotalgegenstände durch die Aufwendungen gemindert wird[3]), so kann er mit diesen

---

[1]) Valett 33, Glück 412f. Der Sache nach kommt es auf dasselbe heraus, wenn die Glosse (Gl. ceterum) schreibt: „si hoc admitteremus. Ioannes". Diese Auslegung haben angenommen Dernburg, Compensation 131, Czyhlarz 284 N. 10, Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn diejenigen, die ceterum im Sinne von alioquin verstehen sich auf Dorotheus Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 5, Heimb. 3, 297 berufen; Dorotheus schreibt: *μωρὸν γάρ ἐστι λέγειν, μείωσιν τοῦ σώματος γίνεσθαι διὰ τῶν νομισμάτων. ἀλλὰ σώζεται μὲν ὁ ἀγρός, παύεται δὲ εἶναι προικιμαῖος.* Fabrot wollte statt *ἀλλὰ ἄλλως* schreiben, Heimbach übersetzt wenigstens das *ἀλλὰ* mit alioquin, beides aber mit Unrecht. Die Worte *ἀλλὰ σώζεται ὁ ἀγρός*, die in der lateinischen Vorlage fehlen, zeigen, daß Dorotheus unter der „körperlichen Minderung" die physische Minderung der Materie verstand, dann konnte er aber unmöglich mit alioquin fortfahren. Was er sagen wollte, kann nur dies sein: es ist sinnlos, an eine physische Minderung des Grundstücks zu denken; aber, wenn auch das Grundstück physisch erhalten bleibt, aus der Dos scheidet es doch aus. So hat die Stelle schon richtig Dernburg, Compensation 130 N. 1 verstanden. — [2]) Siehe die Belege im Thesaurus Linguae Latinae 3, 972, vgl. auch Pernice, Labeo 1, 397 N. 53. — [3]) Bei Dorotheus freilich findet sich, wie in N. 1 gezeigt, dieser Gedankengang, und wie er hat Bechmann 2, 272 die Ulpianstelle verstanden, Ulpian ist aber m. E. eine so kindische Idee nicht zuzutrauen. Richtig Mayer 16, Czyhlarz 283 N. 9. Auch sehen wir ja aus D. (33, 8) 6 pr. 8 pr., daß Ulpian unter der deminutio corporum nur die ideelle Minderung verstand. Siehe zu diesen Stellen unten S. 105.

Worten nur sagen wollen: infolge notwendiger Impensen scheiden Dotalgegenstände weder ganz noch teilweise aus der Dos aus. Nimmt man nun ceterum gleich alioquin, so kommt folgender Satz heraus: infolge der Impensen scheidet eine Dotalsache, z. B. ein Grundstück, nicht aus der Dos aus, andernfalls hörte das Grundstück ja auf, dotal zu sein! Solch tautologisches Gerede darf man Ulpian nicht zutrauen. Übrigens weist der Satz noch zwei weitere Anstände auf: 1. Die Florentina liest ceterum haec res ficiet. Auch wenn man ficiet in faciet oder efficiet verbessert oder res ficiet in efficiet[1]), das Wort „haec" findet im Vorangehenden keinen Anschluß; das, worauf es bezogen sein will, muß man sich erst mühsam zusammenlesen. 2. Das Wort detentatio kommt in den Pandekten nur noch einmal vor, und da ist es sicher unecht.[2]) Freilich findet sich das Wort

[1]) Siehe über die verschiedenen Konjekturen Krügers und Gebauer-Spangenbergs Digestenausgabe ad h. l. — [2]) Das Wort kommt nach Vocabularium Iur. Rom. 2, 198 Z. 21 außer an unserer Stelle nur noch vor in D. (4, 6) 15, 3: Ulpianus libro duodecimo ad edictum. Sed quod simpliciter praetor edixit „posteave" ita accipiendum est, ut, si inchohata sit bonae fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso, restitutionis auxilium locum habeat non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit hoc contigit, id est dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum: nam eum qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit. — Detentatio ist für usucapio interpoliert, genau wie in D. (4, 6) 23, 1 coeptam possessionem für coeptam usucapionem; die letztere Interpolation hat schon P. Krüger angemerkt. Die Stelle ist aber noch viel stärker interpoliert; Indizien: Ulpian bespricht das Edikt über die Restitution der Maiores (Lenel 117). Danach wird jemand restituiert, wenn er in seiner Abwesenheit oder später (posteave) ein Recht durch Ersitzung verloren hat; Ulpian konnte dazu nur sagen, das posteave sei nicht zu liberal zu interpretieren, der Zurückgekehrte müsse sobald wie möglich suchen, die Ersitzung zu unterbrechen. Statt dessen redet der Schlußsatz von einem qui differt restitutionem! Aber es handelt sich ja gar nicht um die Wahrung der Restitutionsfrist, nicht um einen, der den Antrag auf Restitution verzögert, sondern um einen, der durch sein Zögern den Rechtsverlust erst herbeiführt, der die Unterbrechung der Ersitzung versäumt. Statt restitutionem muß Ulpian wie Paulus in dem gleich darauf folgenden Fr. 16 litis contestationem geschrieben haben. Ferner ist „absentiam" falsch, es kann sich nur um den Beginn der Ersitzung vor der Rückkehr handeln; streicht man aber mit Mommsen und Lenel das Wort als Glossem,

bei Justinian nach Longos Vocabular[1]) nicht, wohl aber detentator, ein Wort, das dem Latein der Klassiker ebenso fremd ist wie das Verbum detentare.[2]) Mindestens ist der Kasus (Acc. statt Abl.) falsch.

Faßt man alles zusammen, was wir bisher gegen die Echtheit der kritischen Sätze unserer Fr. 56 und 5 angeführt haben, erinnert man sich, daß diese Sätze gerade den Gedanken durchführen, den wir in den vorangehenden Erörterungen als den justinianischen Reformgedanken erkannt haben, so kann an der Interpolation nicht länger gezweifelt werden. Die Kompilatoren wollten in beiden Fragmenten den Gedanken der kaiserlichen Verordnung durchführen: die impensae necessariae brauchen kein Retentionsrecht und auch keine Ersatzklage, weil sie sich so zu sagen selber helfen, weil ohne weiteres in Höhe der Impensen Dotalgegenstände aufhören, dotal zu sein; nur insofern haben sie gemildert, als sie der Frau wie bei den Luxusaufwendungen[3]) ein Einlösungsrecht gewährten. Paulus wird in Fr. 56 einfach geschrieben haben:

> Sed et si tantum in fundum dotalem impensum sit, quanti fundus est, non desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat.

Die Kompilatoren veränderten diese Entscheidung entsprechend der Verordnung Justinians in ihr Gegenteil. Keineswegs war es dabei ihre Meinung, daß ausschließlich in diesem besonderen Falle, wo die Impensen den Wert des Grundstücks erreichten, das Grundstück aus der Dos ausscheiden sollte; wie die Interpolation in Fr. 5 zeigt, sollte,

---

so hängt ante in der Luft, und bekommt erst seine Beziehung durch das nachfolgende reverso: elegant ist solcher Stil nicht. Sowohl zu habeat wie zu reverso fehlt das Subjekt, nach der Satzfügung muß man als solches den Ersitzenden nehmen, was natürlich nicht gemeint ist, „hoc contingit": was ist denn „das", das in der angemessenen Zeit zu geschehen hat? hoc schwebt ganz in der Luft. Wahrscheinlich haben die Kompilatoren deshalb die klassische Vorlage so stark umgestaltet, weil sie den Ediktstext, den diese kommentierte, gestrichen hatten; vgl. Lenel, Edictum 117 zu Note 7 und 8.

[1]) Bullettino 10, 130. — [2]) Siehe Vocabular. 2, 198, wo das Wort fehlt, und andererseits die nachklassischen Belege bei Heumann-Seckel 142. — [3]) Vgl. oben S. 67.

wenn die Impensen unter dem Grundstückswert zurückblieben, das Grundstück pro parte aufhören, dotal zu sein: der besondere Fall in Fr. 56 ist in ihrem Sinne nur beispielsweise angeführt. Es ist interessant und wichtig, daß so schon Stephanus und Cyrillus das Fr. 56 aufgefaßt haben. Im Index des Stephanus finden sich zu unserer Stelle folgender Passus:

> Quid ergo, si, cum in fundum necessariae impensae factae essent, et ipse fundus in partem vel in totum desiisset esse dotalis secundum Scaevolae sententiam . . .[1])

Man sieht, Stephanus betrachtet den in Fr. 56 angeführten Sonderfall, daß nämlich die Aufwendungen den Grundstückswert erreichen, nur als beispielsweise hervorgehoben: sind geringere Aufwendungen gemacht, so würde, meint Stephanus, Scaevola einen Teil des Grundstücks aus der Dos haben ausscheiden lassen. Und ebenso heißt es im Index des Cyrillus:

Cum in fundum dotalem necessariae impensae factae fuerint, si pecunia in dote sit, ipsa minuitur: sin minus, ipse fundus, si tamen impensae solutae non fuerint.[2])

Auch Cyrillus macht keinen Unterschied, ob die Impensen den Grundstückswert erreichen oder nicht.

Diese Interpolationsnachweise erhalten nun noch eine neue Unterstützung durch den weiteren Inhalt der beiden kritischen Fragmente.

II. Fr. 5: ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? ubi non sunt corpora sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Dieser ganze Satz ist Kompilatorenarbeit. Die Indizien sind die folgenden: 1. admittimus. Dies ist, wie permittimus[3]), der diktatorische Stil der Kaisererlasse, nicht

---

[1]) Schol. 3 zu Bas. (29, 1) 52, Heimb. 3, 392. — [2]) Dasselbe Schol. wie in N. 1. — [3]) Vgl. Bonfante, Storia 678, Beseler, Beiträge 2, 4 und die folgenden Stellen aus Justinianischen Verordnungen: C. (3, 28) 35: la sed hoc ita admittimus . . . C. (4, 35) 23, 3, C. (6, 25) 10, 1: tunc autem tantummodo substitutionem admittimus . . . I. (3, 9) 4: bonorum possessiones admisimus . . .

der einer Juristenerörterung. 2. ubi-pecunia: die typische abgerissene Ausdrucksweise der Interpolationen, es müßte dastehen „corpora in dote", wie auch Mommsen ergänzen wollte. Der Satz ist aber auch sachlich ungenau: wenn lediglich Geld in dote ist, wie soll man sich dann impensae necessariae auf die Dos denken?[1]) Es müßte statt „ubi non sunt corpora" heißen „ubi non solum corpora in dote sunt". Diesen Fehler hat schon der Glossator Hugo bemerkt:

Gl. Sed pecunia: cum corporibus inaestimatis subaudi. Hugo.[2])

3. nam in pecunia-fieri: wieder zu abgerissen und daher unfreiwillig humoristisch: „bei Geld läßt die Vernunft Verminderung zu." 4. proinde-necessarias: abermals der gleiche Fehler, wie ich ihn unter 2 gerügt habe; wenn lediglich aestimata corpora in dote sind, so läßt sich nicht vorstellen, wie es zu impensae necessariae kommen könnte. Auch diesen Fehler hat Hugo richtig erkannt:

Gl. Aestimata: scilicet cum aliis inaestimatis. Hugo.[3])

5. Schließlich noch ein sachliches Argument: die Klassiker wendeten notorisch die Rechtsregel nicht nur dann an, wenn ein Wert in dote war, wie der kritische Satz hier behauptet; im Eingang des Fr. 56 wendet sie Paulus ausdrücklich auch auf Dotalsachen an und bestimmt ihren Inhalt: damit sei ein Retentionsrecht gegeben.

---

[1]) Ich halte für unstichhaltig, was Mayer 21 N. 60 behauptet: „Potest enim evenire, ut in pecuniam solam impendatur, v. gr. si nomina in dotem dantur, in quibus exigendis sumptus ponendi sunt." Sind Forderungen zur Dos gegeben, so ist zunächst in dote kein Wert; unmöglich kann der Klassiker diesen Fall, in dem nachträglich an die Stelle eines in dote befindlichen Gegenstands ein Wert tritt, mit den Worten ubi pecunia est bezeichnet haben, bei denen doch natürlich jeder zunächst an den einfachen Fall denkt, daß von Anfang an ein Wert in dote ist. — [2]) Diese Auslegung ist wohl von allen Späteren übernommen worden: Petrus Barbosa § 18, Majansius S. 429, Mayer 21, Dernburg, Compensation 132. Mit Recht hat aber schon Brinz 3, 727 N. 18 das Unbefriedigende dieser Auslegung betont, da die Stelle doch ausdrücklich sagt ubi non sunt corpora. — [3]) Auch diese Auslegung ist noch von den Neueren festgehalten worden: Glück 406, Mayer 21, Dernburg 133 N. 1, Bechmann 2, 268 N. 1, Czyhlarz 283 N. 7.

So vielen Argumenten gegenüber kann die Echtheit des kritischen Passus nicht länger behauptet werden, auch wenn vier Worte desselben durch die Sinaischolien gedeckt sind: der § 19 dieser Scholien muß wie der unmittelbar vorhergehende § 18 und der unmittelbar folgende § 20 unter Benutzung des Justinianischen Rechts gearbeitet worden sein.[1]) Mit dem Nachweis dieser Interpolation haben wir nun aber einen sehr klaren Beleg gewonnen für die Doktrin der Kompilatoren. Sie verstanden die alte Rechtsregel ganz anders wie die Klassiker; sie wollten von einer ipso iure Minderung der Dos nur gesprochen wissen, wenn ein Stück der Dos ohne Weiteres zufolge der Aufwendungen ausschied, das war aber nur der Fall, wenn ein Geldwert in dote war. Waren in dote nur Sachen, so schieden diese zwar nach der Lehre der Kompilatoren in Höhe der Aufwendungen aus der dos aus, aber doch zunächst nur bedingt, die Frau konnte sie durch Zahlung der Ersatzsumme wieder in die Dos zurückführen: eben darum wollen die Kompilatoren hier nicht von ipso iure Minderung reden. Auch die Klassiker haben natürlich, wenn lediglich Geld in dote war, einfach diesen Geldbetrag um den Betrag der Aufwendungen gekürzt; waren Sachen und Geld in dote und zwar Geld in Höhe der Impensen, so kürzte man nach der schönen Entscheidung des Neraz (fr. 56 cit.) gleichfalls lediglich den Geldbetrag und gestattete dem Manne kein Retentionsrecht. Aber die Klassiker sind, wie der Eingang des Fr. 56 zeigt, weit entfernt, nur in diesen Fällen von ipso iure Minderung der Dos zu reden; sie wenden die Regel auch an, wenn lediglich Sachen in dote sind und lesen dann aus ihr das Retentionsrecht heraus.

Wir wenden uns nunmehr zu dem letzten Probleme, das die beiden schwierigen Fragmente behandeln.

III. Was geschieht, wenn die Frau dem Manne die Impensen ersetzt? Die Klassiker fragten sich hier: utrum dos crescat? uud beantworteten diese Frage gewiß mit einem glatten ja; denn wenn die Dos durch das Entstehen des Retentionsrechtes gemindert wurde, so muß sie natürlich mit

---

[1]) Wegen § 18 siehe unten S. 103, wegen § 20 oben S. 67.

seinem Verschwinden wachsen. So scheint denn auch Ulpian in Fr. 5 geschrieben zu haben: ego non dubito dotem videri crevisse. Die Kompilatoren konnten weder die Fragestellung noch die Antwort der Klassiker brauchen. Sie warfen vielmehr folgende Frage auf: wenn die Frau dem Manne die notwendigen Verwendungen ersetzt, wächst dann die Dos um den gezahlten Geldbetrag, ist also jetzt in dote ein entsprechender Geldwert, oder aber kehrt nun die ausgeschiedene Sache wieder in die Dos zurück, stellt sich also die Dos in ihrem alten Zustande wieder her?[1])

Fr. 5: Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an vero dicimus ex integro videri dotem?

Fr. 56: Quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos an ex integro data videbitur?

Daß diese Fragestellung kompilatorisch ist, dafür sprechen folgende Gründe: 1. die ganze Alternative ist für den Klassiker sinnlos: für ihn wächst die Dos, indem das Retentionsrecht verschwindet, zugleich stellt sie sich aber wieder in dem alten Zustande her, für ihn können das gar keine Gegensätze sein. 2. In Fr. 5 fällt der unmotivierte, verkehrte Moduswechsel auf (crescat-dicimus). 3. In Fr. 56 fällt das sinnlose ex integro data auf: von neuem gegeben ist die Dos sicherlich nicht; schon Mommsen wollte das Wort data streichen, aber ohne Anhalt in den Handschriften. 4. Selbst wenn man in Fr. 56 mit Mommsen streicht und wie in Fr. 5 liest „ex integro dos videbitur", ist das Latein hart: man kann sagen ex integro petere, agere, locare, aber schwerlich dos ex integro; der Klassiker würde wohl gesagt haben: dos integra videbitur.

Die Fragestellung ist also interpoliert und somit muß auch die Antwort, die in den beiden Fragmenten auf die

---

[1]) So ist die Fragestellung der beiden im Texte folgenden Stellen auch von der herrschenden Auslegung des gemeinen Rechts verstanden worden: Glück 408, Mayer 22f., Czyhlarz 287, anders Dernburg, Kompensation 133f. Für mich, der ich die ganze Fragestellung für byzantinisch halte, ist entscheidend, daß Dorotheus diese so wie oben im Texte angegeben verstanden hat: Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 5 Heimbach 3, 297: Sed si uxor impensarum nomine marito suo satisfecerit, utrum dos crescit, et secunda nova dos constitui videtur, an vero vetus dos renovari et ipsa rursus in integrum restitui?

Frage gegeben wird, unecht sein. Wie die Kompilatoren die aufgeworfene Frage beantworten mußten, ist nach unsern früheren Feststellungen ohne Weiteres klar. Sie mußten sagen: eine „Minderung“ der Dos nehmen wir ja nur an, soweit Geld in dote ist, hier muß also, wenn die Frau Ersatz leistet, die früher geminderte Dos wieder wachsen, nämlich um den von der Frau jetzt gezahlten Geldbetrag; sind lediglich Sachen in dote, so nehmen wir ja keine Minderung der Dos an, wird aber die Dos durch die Impensen nicht gemindert, so kann sie natürlich auch durch den Ersatz der Impensen nicht wachsen; die Sachen scheiden nur bedingt aus und kehren mit der Ersatzleistung wieder in die Dos zurück. In diesem Sinne haben die Kompilatoren in beiden Fragmenten interpoliert.

Fr. 5: et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse.

Stilistisch fällt wieder die unerträgliche Breviloquenz auf, es müßte wenigstens heißen: ubi pecunia in dote est, oder wie jüngere Vulgaten und Haloander verbesserten: ubi pecunia data est. Aber auch dann bleibt der Text ungenau, denn wieder[1]) kann man sich keine Impensen denken, wenn lediglich Geld in dote ist, man muß in Gedanken ergänzen: Geld und außerdem Sachen. So schon richtig die Glosse:

Gl. Ubi pecunia data est: subaudi et fundus in quem impensum est.

Derselbe Gedanke leitete Haloander, als er hinter ubi ein „et“ einschieben wollte.[2])

In Fr. 5 beantworteten also die Kompilatoren die von ihnen aufgeworfene Frage für den Fall, daß Geld in dote war; den noch ausstehenden Fall, daß in der Dos sich lediglich Sachen befanden, entschieden sie in Fr. 56: der ganze Schluß dieses Fragments cuius rei-inhibeatur trägt unverkennbar kompilatorisches Gepräge. Die Indizien sind: 1. drei Fragesätze hinter einander. 2. nam si desinit dotalis esse: es fehlt das Subjekt fundus, im vorangehenden Satze ist iniquitas Subjekt. 3. si desinit dotalis esse poterit alienari: es müßte desierit heißen. 4. cuius rei manifestior ini-

---

[1]) Wie oben S. 86. — [2]) Ebenso Mayer 24, Dernburg 135.



quitas in fundo est: Was ist „diese Sache", über deren Unbilligkeit hier geklagt wird? der vorangehende Satz enthält ja eine Frage und gar keine Entscheidung! Die Kompilatoren polemisierten hier wie so oft gegen etwas, was in ihrer Vorlage stand, sie aber gestrichen hatten. Paulus wird wie Ulpian geschrieben haben: utrum crescet dos? et puto eam crescere. Die Kompilatoren, die unter crescere das Wachsen der Dos um den von der Frau gezahlten Geldbetrag verstanden, wollten ein solches Wachsen, wie die Interpolation in Fr. 5 zeigt, nur „in pecunia" zulassen; sie strichen daher die Entscheidung des Paulus und polemisierten gegen ihre Billigkeit für den Fall, daß in dote lediglich Sachen sich befanden. 5. Der Wechsel zwischen ager und fundus ist unmotiviert und verdächtig, wie schon Lenel gesehen hat.[1]) 6. Schließlich hatte wohl Cuiacius recht, wenn er meinte: non potuit etiam Jurisconsultus constituere, interim fundum, qui non esset dotalis, non posse alienari, quia lex Julia, quae dotalem alienari vetat, non dotale sane permittit. Opus fuit constitutione.[2]) Auch weist ja das Wort „interim" auf die im Vorangehenden erwähnte einjährige Frist, und diese kann, wie früher ausgeführt[3]), nicht klassisch sein. —

Die Kritik dieser beiden schwierigsten Fragmente der ganzen Lehre ist damit beendet, zugleich aber auch, wie ich glaube, der Nachweis für die im Eingang der Abhandlung aufgestellten Thesen erbracht. Ich prüfe nunmehr noch die sämtlichen[4]) übrigen Stellen durch, in denen unsere Rechtsregel auftritt: es wird sich zeigen, daß — mit einer Ausnahme[5]) — überall die Kompilatoren eingegriffen haben. Sie führten ihre Reform durch und gaben damit der alten

---

[1]) Paling. Paulus 1128 N. 4 — [2]) Obs. 23, 12. Ihm folgt P. Krüger, Digestenausg. ad h. l., Lenel, Paling. Paulus 1128. Von jeher hat man freilich gegen Cuiacius eingewandt — vgl. Valett 43, Mayer 25, Glück 421 — daß doch nach D. (23, 5) 4 die Klassiker die Lex Iulia interpretativ auch auf den der Braut übereigneten fundus ausgedehnt hätten. Wären keine weiteren Indizien vorhanden, so könnte man in der Tat wenigstens zweifeln. — [3]) Oben S. 80. — [4]) Nach Vocabular. 2, 392 Z. 24. — [5]) D. (25, 1) 1, 2. Über D. (25, 1) 15 siehe unten S. 101.

Schulregel noch weiter einen Inhalt, an den die Klassiker nie gedacht hatten.

D. (23, 2) 61

Papinianus libro trigentesimo secundo quaestionum.

Dote propter illicitum matrimonium caduca facta *exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent,* quod iudicio *de dote* rei uxoriae redditurus esset maritus solvere debet.

Die kursiv gedruckten Worte sind unecht, denn sie machen den ganzen Text sinnlos. Der überlieferte Text sagt: an den Fiskus hat der Mann das zu zahlen, was er im iudicium rei uxoriae an die Frau zahlen würde mit Ausnahme der notwendigen Aufwendungen. Da nun nach den Regeln des iudicium rei uxoriae der Mann Ersatz der notwendigen Verwendungen beanspruchen könnte, so ergibt sich, daß, wenn ich von diesen Regeln bei der Herausgabe an den Fiskus bezüglich der notwendigen Aufwendungen eine Ausnahme mache, der Ehemann bei der Herausgabe an den Fiskus gerade die notwendigen Verwendungen nicht ersetzt verlangen kann: ein törichter Satz, den gewiß weder der Klassiker noch Tribonian sagen wollte. Gemeint ist wohl das gerade Gegenteil von dem was dasteht: gerade wegen der notwendigen Verwendungen soll der Mann gegenüber dem Fiskus wie gegenüber der Frau einen Ersatzanspruch erhalten; so hat man auch im gemeinen Recht die Stelle, wider ihren Wortlaut, verstanden.[1]) Streicht man die ungeschickten und verdächtigen Worte, so erhält man als klassisches Recht den einfachen und vernünftigen Rechtssatz: der Mann hat an den Fiskus zu leisten, was er im iudicium rei uxoriae an die Frau zu leisten hätte; er kann also auch dem Fiskus gegenüber wegen notwendiger Verwendungen stets retinieren, wegen nützlicher Verwendungen dann, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht worden sind. Die Kompilatoren aber konnten dem Manne dem Fiskus gegenüber nur wegen notwendiger Verwendungen einen Abzug gestatten; das Retentionsrecht wegen nützlicher Verwendungen hatten sie ja gestrichen, es hätte also wegen dieser Ver-

---

[1]) Czyhlarz 289.

wendungen nur eine Ersatzklage des Mannes gegen den Fiskus in Frage kommen können, diese aber zu geben scheuten sie sich wohl, weil die kaiserliche Verordnung die Ersatzklage actio mandati oder negotiorum gestorum nannte, und von einem Mandat des Fiskus natürlich ebenso wenig die Rede sein konnte wie von einer negotiorum gestio des Mannes für ihn. —

D. (33, 4) 5

Marcianus libro tertio regularum.

> Dote relegata non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre *vel ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuunt: aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.*

Der ganze zweite Teil dieser von den Exegeten bisher ziemlich vernachlässigten Stelle ist unecht. Die Interpolationsindizien sind die folgenden: 1. Die Ausführung von vel ob impensas an macht durchaus den Eindruck, wie wenn sie nachträglich angeflickt worden wäre: der begründende Satz aliud est enim... geriert sich so, wie wenn er die ganze vorhergehende Entscheidung begründen wollte, dabei bezieht er sich doch in Wahrheit ausschließlich auf die Entscheidung hinsichtlich der Impensen. 2. Die Ausdrucksweise pignoris nomine retinere ist nicht genau, da doch kein Pfandrecht vorliegt, die Klassiker reden in andern Stellen vorsichtiger.[1]) 3. Die Begründung ist vom Standpunkt des klassischen Rechts gesehen ganz unverständlich. Begründet werden soll der Satz: nur wegen notwendiger Verwendungen, nicht wegen anderer darf der Erbe die Rückzahlung der Dos aufschieben. Die Begründung lautet: denn es ist etwas anderes, ob, wie bei den impensae necessariae, die Dos ipso iure gemindert wird, oder, wie bei den impensae utiles nur ein Retentionsrecht gegeben ist. Selbst einmal zugegeben, daß das für

---

[1]) Vgl. D. (47, 2) 15, 2 quasi pignoris loco. D. (19, 1) 13, 8 venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.



den Klassiker etwas anderes war (was ich bestreite), so folgt aus diesem Unterschiede noch keineswegs, daß der Erbe wegen nützlicher Verwendungen seines Erblassers, die mit Zustimmung der Frau gemacht worden sind, kein Retentionsrecht zusteht: wenn dem Erblasser wegen der nützlichen Verwendungen auch nur ein Retentionsrecht zustand, so ist doch damit kein Argument gewonnen, daß dieses Recht dem Erben nicht zustehen soll. 4. Es ist aber ja nach unsern früheren Ausführungen gar nicht wahr, daß für den Klassiker ipso iure Minderung und Retentionsrecht Gegensätze sind. Die Kompilatoren verstehen aber, wie früher gezeigt, unter der ipso iure Minderung nicht bloß das Zustehen eines Retentionsrechtes, sondern ein Ausscheiden von Werten, die in dote sind; von ihrem Standpunkte ist auch der begründende Satz wohl verständlich. Sie wollten Folgendes sagen: Nur wegen notwendiger, nicht auch wegen nützlicher Verwendungen darf der Erbe die Zahlung der Dos verweigern: denn es ist etwas anderes: ipso iure Minderung (was nur bei den impensae necessariae möglich ist, um eine wahre Retention handelt es sich hier gar nicht) und bloßes Retinierenkönnen, und die Retentionsrechte hat ja der Kaiser aufgehoben! Dieser letzte Satz ist den Kompilatoren — weil ihnen selbstverständlich — in der Feder stecken geblieben, denkt man ihn hinzu, so ist die Begründung in der Tat schlüssig: denn da wegen nützlicher Verwendungen höchstens Retention, nicht ipso iure Minderung in Frage kommen könnte, diese aber der Kaiser verboten hat, so kann der Erbe nur wegen notwendiger Verwendungen die Herausgabe verweigern. 5. Die Stelle behauptet, im klassischen Recht habe der Erbe wegen nützlicher Verwendungen niemals ein Retentionsrecht gehabt, auch wenn es dem Ehemanne zustand; dem widerspricht

D. (24, 3) 15, 1

Paulus libro septimo ad Sabinum.

Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, *compensationes* retentiones tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercitionem non habet.

Als allgemein anerkannt darf angesehen werden, daß compensationes für rententiones interpoliert worden ist.[1]) Daß dann die Stelle wegen res donatae schlechthin ein Retentionsrecht gewährt, ohne der Konvaleszenz der Schenkung durch den Tod des Mannes zu gedenken, erklärt sich wohl daraus, daß Paulus diesen Satz noch vor der oratio des Severus und Caracalla schrieb[2]; für die Impensen ergibt sich jedenfalls, daß Paulus zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen nicht unterschied: stand dem Erblasser ein Retentionsrecht zu, so hat es auch der Erbe. Freilich redet diese Stelle von der actio rei uxoriae und nicht von der Legatsklage, aber wir wissen ja: id dotis legato inest, quod actione rei uxoriae inerat; relegatio dotis actionem rei uxoriae continet.)[3. 4])

Unter so vielen Belastungsmomenten muß unser Fr. 5 zusammenbrechen. Warum die Kompilatoren eingriffen, ist klar zu erkennon. Sie sagten sich: bei der relegatio dotis hat der Erbe zu leisten, was in dote ist, Retentionen sind aufgehoben; wenn er also die Zahlung verweigern will, so muß er sich auf Momente berufen, die die quantitas dotis (im kompilatorischen Sinne) mindern, diese Minderungskraft haben aber nur die impensae necessariae. Entsprechend haben sie interpoliert.

Gleichfalls der Lehre von der relegatio dotis gehört an

D. (33, 4) 2pr.

Ulpianus libro quinto disputationum.

> Cum quis uxori suae dotem relegat fideique commissum ab ea relinquit, hoc fideicommissum ex commodo, quod ex relegatione mulier sentit, aestimabitur, et ita Celsus quoque libro vicesimo digestorum scripsit. *quod si necessariae fuerunt impensae, quae ipso iure dotem minuunt,*

---

[1]) So schon Bechmann 1, 86 N. 2, Czyhlarz 334 N. 2, Solazzi 244 N. 3, P. Krüger, Digestenausg. ad h. l. — [2]) So P. Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur (2. Aufl.) 231 N. 32, vgl. auch Fitting, Alter und Folge (2. Aufl.) 87. — [3]) D. (33, 4) 1 pr. und 5, Czyhlarz 465 f. — [4]) Auf die total zerrüttete Javolenusstelle D. (31) 41, 1 (vgl. Glück 27, 423, Krüger, Digestenausgabe ad h. l.) will ich mich nicht berufen.



amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quae ipso iure dotem minuit: esse enim mulierem legatariam nemo est qui dubitet.

Das Fragment behandelt die Frage, wieweit bei der relegatio dotis die Legatarin ihrerseits belastet werden kann. Bekanntlich gilt der Grundsatz:

Paulus Sent. (4, 1) 1

Ab uxore cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.

In unserm Fr. 2 führt nun Ulpian zunächst ganz richtig aus, daß die Frau unter Umständen doch mit einem Fideikommiß belastet werden könne, wenn sie nämlich durch das Legat besser gestellt ist als im iudicium rei uxoriae. Was auf diesen Satz aber in der Stelle folgt, ist interpoliert, nach Stil und Inhalt für Ulpian ganz unmöglich. 1. dici potest oportere dici: es kann gesagt werden, daß gesagt werden müsse! 2. si necessariae fuerunt impensae: es müßte heißen impensae factae fuerunt! 3. posse fideicommissum erogare: es fehlt das Subjekt (maritum); schon Haloander wollte dafür fideicommisso erogari schreiben. 4. amplius dici potest: wieso ist diese Entscheidung ein „Mehr" gegenüber der vorangehenden? Im Vorhergehenden sagte Celsus, daß fideicommissum ex commodo quod ex relegatione mulier sentit, aestimabitur über dieses Prinzip geht aber auch unsere Entscheidung nicht heraus. 5. Wenn der Mann der Frau die Dos so vermacht, wie er sie empfangen hat, so hat die Frau ein commodum nicht nur insoweit, als ihr der Ersatz der notwendigen Impensen erlassen ist, sondern doch auch insofern, als sie die nützlichen Verwendungen, die der Mann mit ihrer Zustimmung gemacht hat, nicht zu ersetzen braucht; dann ist aber nicht einzusehen, warum der Mann nicht auch diesen Betrag der nützlichen Verwendungen mit Fideikommissen belasten darf. 6. Die Schlußbegründung ist unverständlich. Daß die Frau Legatarin ist, wird freilich niemand bezweifeln, sie wäre es auch, wenn ihr die Dos schlechthin, ohne die für sie vorteilhafte Klausel, vermacht

worden wäre [1]), nur folgt aus dieser Tatsache für die Frage der Belastungsmöglichkeit rein gar nichts. Die Kompilatoren wollten wohl etwas sagen wie: mulierem eam quantitatem (scil. impensarum) ex lucrativa causa capere, nemo est qui dubitat.

Die Indizien sind, wie man sieht, zu zahlreich, als daß man an der Interpolation zweifeln könnte; die Kompilatoren wollten auch hier den notwendigen Impensen eine Sonderstellung einräumen.

Das letzte Fragment, in dem unsere Regel auftritt, ist

D. (23, 4) 5,

Paulus libro septimo ad Sabinum.

Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus *exigatur* retineatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas *ageretur* retineretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur. Et si convenerit, ne ob impensas *necessarias ageretur* retineretur, pactum non est servandum, *quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.*

Der Schluß der Stelle, der uns hier allein interessiert, erklärt ein pactum für ungültig, in dem der Mann der Frau den Ersatz der notwendigen Verwendungen erläßt; zur Begründung dieser Entscheidung wird unsre Rechtsregel angeführt. Ich halte zum Mindesten diese Begründung für interpoliert. Die Kompilatoren mochten sich wohl dabei gedacht haben, was Czyhlarz zur Erklärung der Begründung anführt: „da diese Verwendungen die Dos ipso iure mindern, so würde durch ein solches pactum der dotalrechtlich feststehende Inhalt der Dos geändert; es würde im konkreten Falle noch etwas als Dos angesehen werden müssen, was es nach dem objektiven Rechte nicht mehr ist. Die weitere Folge eines solchen Pactums wäre die, daß die Dotalklage über den juristischen Inhalt der Dos hinaus erweitert würde, was ganz unzulässig ist; denn der Mann wäre nach Auflösung der Ehe verpflichtet, mehr zu leisten, als nach dem objektiven

[1]) Cuiacius ad h. l. Op. 7, 1366 (Mutin. 1779), Ferrini, Teoria generale dei legati e dei de fedecommessi (Mil. 1889) S. 70.



Recht noch wirklich Dos ist."[1]) Für die Kompilatoren ist dieser Gedankengang zutreffend, nicht aber für die Klassiker, denn diese verbinden mit der Rechtsregel gar nicht den Sinn, daß durch die Impensen sich das in dote Befindliche mindere. Die Stelle scheint aber noch tiefer interpoliert zu sein. Es ist wahrscheinlich, daß die Klassiker ein pactum, das eine retentio propter impensas beseitigen sollte, als Schenkung unter Ehegatten angesehen haben[2]); ist das richtig, dann hätten sie natürlich jedes derartige pactum für nichtig erklären müssen, gleichgültig ob es sich dabei um notwendige oder nützliche Impensen handelte. In der Tat schreiben so auch die Sinaischolien:

Schol. Sin. IX § 21

Ob donationes: *μὴ ἰσχυέτω* pacton *ἀναιροῦν τὴν* ob res donatas *ἢ* ob impensas *ἢ* ob res amotas retentiona.

Also keine Beschränkung des Verbots gerade auf ein pactum, das die retentio propter impensas necessarias beseitigen soll.

Diese Auffassung wird unterstützt durch

D. (23, 4) 20 pr.

Paulus libro trigesimo quinto ad edictum.

Ob res quoque donatas vel amotas vel impensas factas tunc facta pactio valebit, *id est post divortium.*

Daß die Stelle von den Kompilatoren korrumpiert worden ist, sieht man schon aus den Basiliken.[3]) Auch der plumpe id est-Satz ist kompilatorisch[4]), wahrscheinlich aber wohl nur deshalb angeflickt, weil, wie die Basiliken zeigen, der ganze Anfang der Stelle gestrichen wurde, in dem stehengebliebenen Teile das tunc nunmehr in der Luft schwebte, und also notwendigerweise aus dem gestrichenen Anfang noch die Beziehung hinzunotiert werden mußte. Inhaltlich scheint uns also doch wohl klassisches Recht überliefert zu sein. Dann aber widerspricht die Stelle unserm kritischen

[1]) Czyhlarz 431. — [2]) Ältere Vertreter dieser Ansicht bei Mayer 6 N. 29, ebenso Czyhlarz 431, 437. Anderer Ansicht ist Mayer 6. — [3]) Bas. (29, 5) 18 Heimb. 3, 470: Post divortium valide paciscuntur de remissione morum, et negligentiae et rerum donatarum et amotarum et impensarum factarum. — [4]) P. Krüger ad h. l.

Fr. 5, denn 1. unter den Impensengruppen wird nicht geschieden und es ergibt sich demnach per argumentum e contrario, daß ein vor der Ehescheidung geschlossenes pactum unzulässig war, das die Impensenretention beseitigen wollte, mochte es sich um notwendige oder nützliche Impensen handeln. 2. Wenn es richtig ist, was Fr. 5 behauptet, daß die retentio propter impensas necessarias deshalb nicht durch Vertrag beseitigt werden könne, weil die ipso iure-Minderung der Dos im Wege steht, so dürfte auch nach Auflösung der Ehe diese Retention nicht vertragsmäßig beseitigt werden; Fr. 20 läßt aber derartige pacta zu. Richtig hat bereits Czyhlarz den Widerspruch erkannt, ihn freilich in unhistorisch harmonistischer Art zu beseitigen gesucht: „Das Fr. 20 muß trotz des allgemeinen Ausdrucks auf impensas utiles beschränkt werden, da ja sonst doch die Dotalklage über den Inhalt der Dos erweitert werden könnte.“ [1]) Nichts zu entnehmen ist schließlich für unsere Frage aus dem häufig in diesem Zusammenhang zitierten

D. (25, 1) 11, 1

Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.

Donationem inter virum et uxorem circa impensas quoque inhibitam vere Sabinus scribit.

Freilich handelt Ulpian im 36. Sabinusbuche von den Dotalretentionen, aber die stark abgerissen überlieferte Stelle kann sehr verschiedene Beziehungen gehabt haben. Möglich ist, daß Ulpian damit alle pacta, die auf Beseitigung der Impensenretentionen zielten und vor der Auflösung der Ehe geschlossen wurden, als Schenkungen unter Ehegatten bezeichnen wollte [2]); dann würde die Stelle ein Beleg für meine Auffassung sein, denn unter den Impensengruppen wird ja nicht geschieden. Ebensogut kann aber Sabin und Ulpian an den Fall gedacht haben, daß der Mann schenkungshalber Aufwendungen auf Paraphernalsachen der Frau macht. [3]) Die Stelle muß daher ganz beiseitebleiben. Alles zusammengenommen halte ich es doch für wahrscheinlich, daß im klassischen Recht jedes pactum unzulässig war, das die

[1]) Czyhlarz 431 N. 2. — [2]) So will sie Czyhlarz 437 N. 9 verstehen. — [3]) So Bechmann 2, 329 N. 3.

Impensenretention beseitigen sollte, mochte es sich dabei um notwendige oder bloß nützliche Verwendungen handeln; zulässig war ein derartiges pactum allein nach Auflösung der Ehe. Demnach ist also das kritische Fr. 5 D. 23, 4 für interpoliert zu erklären: wiederum wollten hier die Kompilatoren für die notwendigen Verwendungen eine Sondernorm schaffen. Gewißheit läßt sich freilich in dieser Frage bei dem überaus spärlichen Material nicht erreichen. —

Unsere Quellenbelege sind damit erschöpft. Es darf aber nunmehr noch auf eine verwandte Fragmentengruppe hingewiesen werden, in denen die Kompilatoren ganz ähnlich interpoliert haben.

Die Klassiker kennen eine Rechtsregel etwa des Inhalts: Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt[1]): unter „fructus" soll der Reinertrag verstanden werden. Wie aber juristisch-technisch der „Abzug" der Fruchtgewinnungskosten vollzogen wird, darüber gibt die Regel sowenig Aufschluß wie die über die Dotalimpensen; keineswegs darf man aus ihr entnehmen, daß derjenige, der Früchte herauszugeben hat, etwa eine Quote dieser Früchte zur Deckung der Aufwendungen behält: vielmehr müssen die sämtlichen Früchte restituiert werden, aber nur gegen Ersatz der Gewinnungskosten. Das erkennt man deutlich aus

D. (22, 1) 46

Ulpianus libro sexagesimo secundo ad edictum.

> Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere.

Wenn die Stelle überhaupt echt ist[2]), so will Ulpian

---

[1]) D. (5, 3) 36, 5; (24, 3) 7 pr.; (7, 7) 4; C. (7, 51) 1. Siehe zu der Regel Riccobono, Fructus intelliguntur deductis impensis, Archivio giuridico 58, 80 ff. (1897). — [2]) Beseler, Beiträge 2, 26 erklärt die Stelle für interpoliert wegen der Verwendung des Wortes ambigere: „Züchter einer wörterarmen technischen Sprache" verabscheuten die Klassiker einen so „ungewöhnlichen, gesuchten" Ausdruck wie ambigere. Beseler scheint übersehen zu haben, daß ambigere im Edikt stand! (Lenel 336). Warum die Klassiker ein Wort, das das Edikt zur Bezeichnung des Rechtsstreits verwandte, nicht auch zur Bezeichnung des juristischen Lehrstreits verwandt haben sollen, sehe ich nicht ein.

damit jedenfalls nichts anderes sagen, als der § 102 unseres BGB.: Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten . . . verlangen. Ulpian kann keinen anderen Sinn damit verbunden haben, denn die Stelle stammt aus seinem Kommentar zum Edict de administratione creditorum.[1]) Dieses lautet: Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei ad quem ea res pertinet, non restituat: sive quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur . . . de ea re iudicium in factum dabo.[2]) Der Prätor gibt also eine actio in factum auf Impensenersatz, und mit dieser Klage verlangt man auch Ersatz der Fruchtgewinnungskosten, wie uns Ulpian selber in seinem Kommentar mitteilt:

D. (42, 5) 9, 3

> . . . et ipsi itaque creditori adversus hos dabitur actio, quos enumeravimus, sive quid in fructibus percipiendis erogavit sive . . .

So also wird im klassischen Recht die deminutio fructuum juristisch-technisch durchgeführt. Dasselbe ergibt auch

D. (17, 1) 10, 9

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum.

> Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium (scil. mandati) admittere. et, sicut fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere.

Man möchte glauben, daß deducere hier für reputare interpoliert ist; denn wenn man sagt, man könne auch[3]) das Fuhrgeld reputare, so muß man auch vorher von reputare gesprochen haben. Aber mag deducere auch echt sein, jedenfalls kann es in diesem Zusammenhange offen-

---

[1]) Lenel, Paling. Ulpian 1414. — [2]) Lenel, Edictum 408. — [3]) Ähnlich wie man in D. (13, 6) 5, 9 aus dem etiam die Interpolation der Diligenz, in D. (13, 6) 10, 1 aus dem aeque die Interpolation der culpa erschlossen hat. Vgl. zu diesen Stellen Grünhut 38, 11 und KritVJSchr. (3. Folge) 14, 88.

sichtlich nichts anderes bedeuten als reputare: der Mandatar muß die Früchte herausgeben, darf aber vom Mandanten auch Ersatz der Gewinnungskosten verlangen.

Die Kompilatoren aber wollten die Regel impensae fructus minuunt genau so verstehen, wie die andere: impensae dotem minuunt; in Höhe der Gewinnungskosten verliert eine Quote der Früchte den Fruchtcharakter, sie scheidet ipso iure aus der Fruchtmasse aus und dient zur Deckung der Impensen. Ganz deutlich ist zunächst die Interpolation in der berühmten Entscheidung des Neraz:

D. (25, 1) 15.

Neratius libro secundo membranarum.

> Quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumpto debet. alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. *sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris.*

Es handelt sich um den letzten Satz; er will offenbar sagen: die Dotalsachen, auf die der Mann die Aufwendungen gemacht hat, leisten ihm selber Ersatz, nämlich durch die Früchte, die sie hervorbringen; so daß man nicht sowohl etwas auf sie aufwendet, als vielmehr nur entsprechend weniger Früchte aus ihnen zieht.[1]) Kurz gesagt, die Früchte mindern sich ipso iure um den Betrag der Gewinnungskosten. Die Stelle, die noch Pernice „eine glänzende Ausführung des Neratius" nannte, „die man nur richtig lesen und erklären müsse"[2]), trägt alle Spuren der Interpolation an sich. Indizien: 1. Zu praestare fehlt das Objekt, weshalb schon Mommsen hinter sed „ea" einschieben wollte. 2. Ohne

[1]) So Glück 27, 389, Pernice, Labeo 1, 389. Schon Dorotheus hat die allerdings sehr schlecht stilisierte Stelle nicht verstanden und sie in eine Mahnung an den Ehemann umgeformt, nicht zu hohe Aufwendungen zu machen. Schol. 1 zu Bas. (28, 10) 15 Heimb. 3, 299 und Mommsen, Große Digestenausg. ad h. l. — [2]) Pernice 388.



Objekt ist auch impendas; es müßte heißen impendas quid. 3. Die Erörterung fällt unvermittelt in die Du-Konstruktion: impendas-videaris; des Vorangehende ist ganz abstrakt gefaßt.[1] 4. Deducto eo ist salopp ausgedrückt, denn eo bezieht sich auf ein impensum, das im Vorangehenden nirgends aufzufinden ist. 5. Schließlich ist die Ausführung auch sachlich bedenklich; sie setzt primitiv als selbstverständlich voraus, daß die Gewinnungskosten niemals höher sind als die gewonnenen Früchte.[2] —

Genau die gleiche Interpolation findet sich in

D. (25, 1) 3, 1

Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.

Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

Auch hier wiederum: die Früchte mindern sich um den Betrag der Impensen. Die Interpolation der Stelle ist schon von Riccobono[3] erkannt worden, aber immer noch nicht allgemein zugegeben. Die Hauptindizien sind die folgenden: 1. Nos generaliter definiemus: der kategorische Ton der Kaisererlasse.[4] 2. Zu pertineat fehlt das Subjekt impensa. 3. Es ist hart, daß bei ad praesentis temporis zu ad das Substantivum fehlt; schon Mommsen wollte ad in sit verbessern. 4. Si in praesentis ist echt kompilatorische Breviloquenz für in praesentis anni fructus. 5. Hoc hat keine Beziehung im Vorangehenden, es setzt ein impensum voraus, das aber nirgends auffindbar ist.[5] 6. Ad praesens tantum apta erogatio ist ungeheuerlich; gesagt sein soll damit ad praesentis

[1]) Siehe dazu Riccobono, Mélanges Fitting 2, 489. Vgl. z. B. I. (1, 10) 1 — poteris . . . emancipaveris mit der Vorlage Gaius 1, 59 — potero . . . emancipaverim. — [2]) Leiser Verdacht schon bei Riccobono, Archivio 58, 83. — [3]) Archivio 58, 78 ff., Bullettino 9, 230 ff. — [4]) Riccobono, Bull. 237. Siehe die Phrase „et generaliter definimus“ in folgenden Justinianischen Verordnungen: C. (10, 35) 3, 3; (5, 27) 11, 4; (3, 28) 35, 2; (8, 41) 8, 1. In D. (34, 1) 14, 1 ist generaliter definitur interpoliert; vgl. Krüger, Digestenausg. ad h. l. — [5]) Riccobono, Bull. 238.

anni fructus ... 7. Erogatio für impensa.[1]) 8. erogatio—computandum! Es müßte computanda heißen. Bei so zahlreichen Indizien nützt der Stelle ihre Deckung durch die Sinai-Scholien[2]) nichts; Riccobono hat ganz recht: wenn man nicht an die Interpolation dieser Stelle glauben will, dann muß man auf Interpolationenforschung überhaupt verzichten.[3])

Weniger deutlich, aber immerhin doch noch erkennbar ist die Interpolation in den folgenden beiden Fragmenten:

(24, 3) 7, 16

Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.

Impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. *sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.* plane si....

Daß der (hier nicht wiedergegebene) Schluß der Stelle interpoliert ist, wurde schon oben dargetan[4]), hier interessiert allein die Entscheidung über die Fruchtgewinnungskosten. Ersetzt man mit der herrschenden Lehre petentur durch retinentur[5]), so erhält man folgenden Satz: wegen der Gewinnungskosten hat der Mann kein Retentionsrecht, wenn er alle Früchte des Jahres behält, weil aus den Früchten vorerst die Impensen zu ersetzen sind: also derselbe Gedanke, wie in den beiden eben besprochenen Fragmenten. Zweierlei ist auch hier einzuwenden: 1. Wie wenn der Wert der gezogenen Früchte hinter den Gewinnungskosten zurückbleibt? 2. Prius hängt in der Luft: erst sind

---

[1]) Riccobono, Bull. 238 N. 2. — [2]) Schol. Sin. VIII § 18. Vgl. oben S. 87. — [3]) A. a. O. P. Krüger hat in seiner Digestenausgabe die Interpolation immer noch nicht anerkannt; auch Geschichte der Quellen 263 N. 13 zweifelt er noch. — [4]) Oben S. 71. — [5]) Man erhält dann freilich eine retentio impensarum, eine merkwürdig ungenaue Phrase, da doch die Impensen nicht retiniert werden. Doch findet sich retentio impensae in der mir unverdächtig scheinenden Stelle D. (24, 1) 31, 2; ist hier vielleicht „impensae" Glossem?

aus den Früchten die Impensen zu ersetzen; erst? ehe was geschieht?[1]) —

D. (22, 1) 38, 10—15

Paulus libro sexto ad Plautium.

Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur. Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea restituuntur. Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum. Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant *post deductionem impensarum*? et puto dividendos. In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur.

Die Worte post deductionem impensarum müssen angeflickt sein. Paulus erörtert den Anspruch auf Herausgabe von Früchten und prüft dabei die verschiedensten Klagen durch. Warum sollte er nun ausgerechnet bei der actio communi dividundo hervorheben, daß die Fruchtgewinnungskosten in Abzug zu bringen seien? Ein solcher Satz hätte doch allgemein am Anfang oder am Schluß der ganzen Erörterung stehen müssen.[2]) —

---

[1]) Dorotheus hat die Sinnlosigkeit des Wortes bemerkt und in seiner Paraphrase ganz weggelassen. Schol. 38 zu Bas. (28, 8) 7 Heimb. 3, 248. — [2]) Von den Stellen, die die Regel über die Fruchtgewinnungskosten enthalten, sind noch sicher interpoliert die beiden folgenden. D. (10, 2) 51 pr. Iulianus libro octavo digestorum. Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum: qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt. *et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.* Ein casus hindert doch nie, sondern höchstens in einem bestimmten Falle eine Rechtsnorm oder ein auslegender Jurist. Hoc genus deductionis: es handelt sich aber gar nicht um eine bestimmte Deduktionsart, sondern um die Deduktion bestimmter Aufwendungen; es müßte also dastehen: qui hoc genus impensarum deducere impediat. — Auch D. (24, 3) 7 pr. enthält Ver-



Zum Schluß noch ein kurzer Hinweis. Die Regel impensae necessariae dotem ipso iure minuunt bedeutet für die Klassiker m. E. nichts weiter als: der Mann hat wegen notwendiger Verwendungen stets ein Retentionsrecht; von einer ideellen Minderung der einzelnen Dotalsachen, oder, wie Ulpian sagt, von einem corporaliter deminui ist keine Rede. Der Ausdruck „ipso iure Minderung" tritt nun aber in unseren Quellen noch in zwei anderen Fällen — außerhalb des Rechtes der Dotalimpensen — auf, und hier hat der Ausdruck in der Tat die Bedeutung, die ihm Paulus und Ulpian in der Dotalregel so eifrig bestreiten. Wo die lex Falcidia eingreift, mindert sie die Legate ipso iure [1]), und wenn ein mit Schulden belastetes peculium durch Vindikationslegat vermacht worden ist, so mindern die Schulden das Legat ipso iure.[2]) In beiden Fällen wird bei den einzelnen Sachen ein ideeller Teil in Abzug gebracht, werden diese corporaliter gemindert. So sagt ausdrücklich Ulpian

D. (33, 8) 6 pr.

Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel suprascriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt.

D. (33, 8) 8 pr.

Denique Pegasus respondit, si statulibero, cui peculium legatum sit, heres interim crediderit, id ipso iure detrahi et corpora singula etiam per hoc aes alienum deminui.

Scaevola setzt entsprechend die Wirkung der Pekuliarschulden mit der Wirkung der Falcidia in Parallele:

---

dächtiges: dumtaxat steht an der falschen Stelle, müßte hinter fructus stehen. Zu doti dedit fehlt das Objekt. Utriusque impensae concurrunt ist merkwürdig unbestimmt ausgedrückt; man kann übersetzen: beider Aufwendungen kommen zusammen, man kann aber auch an Kompensation denken. Die Schlußentscheidung ist dunkel; ungeschickt jedenfalls, daß man bei primi anni ohne weiteres an das Fruchtjahr denken soll, wo man nach den vorangehenden plurimi anni in matrimonio natürlich an das erste Ehejahr denkt.

[1]) D. (35, 2) 73, 5, (43, 3) 1, 5; Ubbelohde, Ipso iure compensatur 57. — [2]) D. (33, 8) 8 pr. Ubbelohde 52f.

aus den Früchten die Impensen zu ersetzen; erst? ehe was geschieht?[1]) —

D. (22, 1) 38, 10—15

Paulus libro sexto ad Plautium.

Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur. Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea restituuntur. Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum. Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant *post deductionem impensarum*? et puto dividendos. In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur.

Die Worte post deductionem impensarum müssen angeflickt sein. Paulus erörtert den Anspruch auf Herausgabe von Früchten und prüft dabei die verschiedensten Klagen durch. Warum sollte er nun ausgerechnet bei der actio communi dividundo hervorheben, daß die Fruchtgewinnungskosten in Abzug zu bringen seien? Ein solcher Satz hätte doch allgemein am Anfang oder am Schluß der ganzen Erörterung stehen müssen.[2]) —

---

[1]) Dorotheus hat die Sinnlosigkeit des Wortes bemerkt und in seiner Paraphrase ganz weggelassen. Schol. 38 zu Bas. (28, 8) 7 Heimb. 3, 248. — [2]) Von den Stellen, die die Regel über die Fruchtgewinnungskosten enthalten, sind noch sicher interpoliert die beiden folgenden. D. (10, 2) 51 pr. Iulianus libro octavo digestorum. Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum: qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt. *et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.* Ein casus hindert doch nie, sondern höchstens in einem bestimmten Falle eine Rechtsnorm oder ein auslegender Jurist. Hoc genus deductionis: es handelt sich aber gar nicht um eine bestimmte Deduktionsart, sondern um die Deduktion bestimmter Aufwendungen; es müßte also dastehen: qui hoc genus impensarum deducere impediat. — Auch D. (24, 3) 7 pr. enthält Ver-



Zum Schluß noch ein kurzer Hinweis. Die Regel impensae necessariae dotem ipso iure minuunt bedeutet für die Klassiker m. E. nichts weiter als: der Mann hat wegen notwendiger Verwendungen stets ein Retentionsrecht; von einer ideellen Minderung der einzelnen Dotalsachen, oder, wie Ulpian sagt, von einem corporaliter deminui ist keine Rede. Der Ausdruck „ipso iure Minderung" tritt nun aber in unseren Quellen noch in zwei anderen Fällen — außerhalb des Rechtes der Dotalimpensen — auf, und hier hat der Ausdruck in der Tat die Bedeutung, die ihm Paulus und Ulpian in der Dotalregel so eifrig bestreiten. Wo die lex Falcidia eingreift, mindert sie die Legate ipso iure [1]), und wenn ein mit Schulden belastetes peculium durch Vindikationslegat vermacht worden ist, so mindern die Schulden das Legat ipso iure.[2]) In beiden Fällen wird bei den einzelnen Sachen ein ideeller Teil in Abzug gebracht, werden diese corporaliter gemindert. So sagt ausdrücklich Ulpian

D. (33, 8) 6 pr.

Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel suprascriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt.

D. (33, 8) 8 pr.

Denique Pegasus respondit, si statulibero, cui peculium legatum sit, heres interim crediderit, id ipso iure detrahi et corpora singula etiam per hoc aes alienum deminui.

Scaevola setzt entsprechend die Wirkung der Pekuliarschulden mit der Wirkung der Falcidia in Parallele:

---

dächtiges: dumtaxat steht an der falschen Stelle, müßte hinter fructus stehen. Zu doti dedit fehlt das Objekt. Utriusque impensae concurrunt ist merkwürdig unbestimmt ausgedrückt; man kann übersetzen: beider Aufwendungen kommen zusammen, man kann aber auch an Kompensation denken. Die Schlußentscheidung ist dunkel; ungeschickt jedenfalls, daß man bei primi anni ohne weiteres an das Fruchtjahr denken soll, wo man nach den vorangehenden plurimi anni in matrimonio natürlich an das erste Ehejahr denkt.

[1]) D. (35, 2) 73, 5, (43, 3) 1, 5; Ubbelohde, Ipso iure compensatur 57. — [2]) D. (33, 8) 8 pr. Ubbelohde 52f.



aus den Früchten die Impensen zu ersetzen; erst? ehe was geschieht?[1]) —

D. (22, 1) 38, 10—15

Paulus libro sexto ad Plautium.

Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur. Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea restituuntur. Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum. Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant *post deductionem impensarum*? et puto dividendos. In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur.

Die Worte post deductionem impensarum müssen angeflickt sein. Paulus erörtert den Anspruch auf Herausgabe von Früchten und prüft dabei die verschiedensten Klagen durch. Warum sollte er nun ausgerechnet bei der actio communi dividundo hervorheben, daß die Fruchtgewinnungskosten in Abzug zu bringen seien? Ein solcher Satz hätte doch allgemein am Anfang oder am Schluß der ganzen Erörterung stehen müssen.[2]) —

---

[1]) Dorotheus hat die Sinnlosigkeit des Wortes bemerkt und in seiner Paraphrase ganz weggelassen. Schol. 38 zu Bas. (28, 8) 7 Heimb. 3, 248. — [2]) Von den Stellen, die die Regel über die Fruchtgewinnungskosten enthalten, sind noch sicher interpoliert die beiden folgenden. D. (10, 2) 51 pr. Iulianus libro octavo digestorum. Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum: qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt. *et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.* Ein casus hindert doch nie, sondern höchstens in einem bestimmten Falle eine Rechtsnorm oder ein auslegender Jurist. Hoc genus deductionis: es handelt sich aber gar nicht um eine bestimmte Deduktionsart, sondern um die Deduktion bestimmter Aufwendungen; es müßte also dastehen: qui hoc genus impensarum deducere impediat. — Auch D. (24, 3) 7 pr. enthält Ver-



Zum Schluß noch ein kurzer Hinweis. Die Regel impensae necessariae dotem ipso iure minuunt bedeutet für die Klassiker m. E. nichts weiter als: der Mann hat wegen notwendiger Verwendungen stets ein Retentionsrecht; von einer ideellen Minderung der eihzelnen Dotalsachen, oder, wie Ulpian sagt, von einem corporaliter deminui ist keine Rede. Der Ausdruck „ipso iure Minderung“ tritt nun aber in unseren Quellen noch in zwei anderen Fällen — außerhalb des Rechtes der Dotalimpensen — auf, und hier hat der Ausdruck in der Tat die Bedeutung, die ihm Paulus und Ulpian in der Dotalregel so eifrig bestreiten. Wo die lex Falcidia eingreift, mindert sie die Legate ipso iure [1]), und wenn ein mit Schulden belastetes peculium durch Vindikationslegat vermacht worden ist, so mindern die Schulden das Legat ipso iure.[2]) In beiden Fällen wird bei den einzelnen Sachen ein ideeller Teil in Abzug gebracht, werden diese corporaliter gemindert. So sagt ausdrücklich Ulpian

D. (33, 8) 6 pr.

Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel suprascriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt.

D. (33, 8) 8 pr.

Denique Pegasus respondit, si statulibero, cui peculium legatum sit, heres interim crediderit, id ipso iure detrahi et corpora singula etiam per hoc aes alienum deminui.

Scaevola setzt entsprechend die Wirkung der Pekuliarschulden mit der Wirkung der Falcidia in Parallele:

---

dächtiges: dumtaxat steht an der falschen Stelle, müßte hinter fructus stehen. Zu doti dedit fehlt das Objekt. Utriusque impensae concurrunt ist merkwürdig unbestimmt ausgedrückt; man kann übersetzen: beider Aufwendungen kommen zusammen, man kann aber auch an Kompensation denken. Die Schlußentscheidung ist dunkel; ungeschickt jedenfalls, daß man bei primi anni ohne weiteres an das Fruchtjahr denken soll, wo man nach den vorangehenden plurimi anni in matrimonio natürlich an das erste Ehejahr denkt.

[1]) D. (35, 2) 73, 5, (43, 3) 1, 5; Ubbelohde, Ipso iure compensatur 57. — [2]) D. (33, 8) 8 pr. Ubbelohde 52f.



Scaevola libro octavo quaestionum D. (33, 4) 10: Si Seiae pro dote centum fundus legatus sit idemque Maevio: quod Maevio Falcidia aufert, pro eo quasi concursus non fuerit mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.

D. (33, 8) 21: Si Sticho manumisso peculium legatum sit et Titio servus peculiaris, quantum peculio detractum erit ob id quod domino debetur, tantum ei accedere, cui vicarius legatus est, Iulianus ait.[1])

An der Klassizität des Inhalts[2]) dieser Stellen ist m. E. nicht zu zweifeln. Wahrscheinlich haben die Klassiker an diese Fälle gedacht, wenn sie bei der Interpretation der alten Dotalregel so eifrig davor warnen, die „Minderung" der Dos als ideelle Minderung der einzelnen Dotalsachen zu verstehen; vielleicht gaben diese Fälle aber auch den Kompilatoren die Anregung, ausgleichend zu interpolieren, um wieder einmal das klassische Recht von einer „unnützen Subtilität" zu säubern. —

---

[1]) Beide Stellen gehören zusammen: Lenel, Paling. Scaevola 161. Zur Interpretation des Fr. 21 Dernburg, Kompensation 124 N. 2. Die Parallele zwischen Wirkung der Falcidia und der Pekuliarschulden auch bei Paulus D. (10, 3) 8, 1. — [2]) In der Form ist wohl Fr. 6 pr. nicht ganz klassisch, auch Fr. 10 ist nicht ganz in Ordnung (vgl. Krügers Digestenausg.), aber ein Verdacht gegen den Inhalt ist gegenüber den beiden sich gegenseitig stützenden Scaevola-Entscheidungen wohl schwerlich begründet. —

V.

Δημοσίωσις und *ἐκμαρτύρησις*.

Von

Herrn Prof. D. **Paul Jörs**

in Wien.

I.

1. Das Wort *δημοσίωσις*, das wir am besten mit ‚Verlautbarung' wiedergeben können, kommt in den griechischen Urkunden Ägyptens in dreifacher Bedeutung vor. Im engeren und eigentlich technischen Sinne[1]) bedeutet es die durch den Erzrichter (*ἀρχιδικαστής*) vermittelte Verlautbarung bei den beiden Archiven in Alexandrien, der *βιβλιοθήκη τοῦ Ναναίου*, auch *Ναναῖον* schlechthin genannt[2]), und der *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη*. Im weiteren Sinne werden aber auch andere vor dem Erzrichter vorgenommene Akte, die zum Mahn-[3]) und Vollstreckungsverfahren[4]) gehören, mit diesem

[1]) Über diese *δημοσίωσις* vgl. namentlich Gradenwitz, Festg. f. Koch 272f.; Mitteis, Arch. f. Pap. III 176f. und P. Leipz. S. 36 und Grundzüge 82ff., Preisigke, P. Straßb. I S. 108f. und Girowesen 294ff., Koschaker, Z. Sav. XXIX 1ff., Eger, Grundbuch 107ff., Partsch, Arch. f. Pap. V 463f. — [2]) Erstere genauere Bezeichnung in Oxy. 1200, 49, sonst *Ναναῖον*. Über den Namen s. Grenfell-Hunt, P. Oxy. I S. 69; Mitteis, Grundz. 84. — [3]) Vgl. über das Mahnverfahren (*διαστολικόν*) Mitteis, P. Leipz. I S. 326f. (hier ist der Ausdruck zuerst gebraucht) und Grundz. 121ff.; Koschaker, Z. Sav. XXIX 22ff.; Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 76ff. — [4]) Vgl. über das Vollstreckungsverfahren (*ἐνεχυρασία*, *ἐμβαδεία* und die damit in Verbindung stehenden Akte) Koschaker, Z. Sav. XXIX 31ff.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 80ff.; Mitteis, Grundz. 143ff. 158ff. Neuerdings ist die *ἐνεχυρασία* auch in einem leider verstümmelten Abschnitt des P. Hal. 1, 234ff. aufgetaucht. Gegen die Übersetzung und die Ausführungen der Herausgeber (Dikaiomata S. 134. 136f.) ist aber einzuwenden, daß *ἐνεχυρασία* nicht Faustpfand (*ἐνέχυρον*), sondern die Pfändung (Pfandnahme) als Handlung bedeutet und daß die Ergänzung *[ὑ]πο[θήκη]* oder *[ὑ]πό[θεσις]* dem gewichtigen Bedenken unterliegt, daß *ὑποτιθέναι* und seine Substantiva sonst die (vertrags-

Scaevola libro octavo quaestionum D. (33, 4) 10: Si Seiae pro dote centum fundus legatus sit idemque Maevio: quod Maevio Falcidia aufert, pro eo quasi concursus non fuerit mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.

D. (33, 8) 21: Si Sticho manûmisso peculium legatum sit et Titio servus peculiaris, quantum peculio detractum erit ob id quod domino debetur, tantum ei accedere, cui vicarius legatus est, Iulianus ait.[1])

An der Klassizität des Inhalts[2]) dieser Stellen ist m. E. nicht zu zweifeln. Wahrscheinlich haben die Klassiker an diese Fälle gedacht, wenn sie bei der Interpretation der alten Dotalregel so eifrig davor warnen, die „Minderung“ der Dos als ideelle Minderung der einzelnen Dotalsachen zu verstehen; vielleicht gaben diese Fälle aber auch den Kompilatoren die Anregung, ausgleichend zu interpolieren, um wieder einmal das klassische Recht von einer „unnützen Subtilität“ zu säubern. —

---

[1]) Beide Stellen gehören zusammen: Lenel, Paling. Scaevola 161. Zur Interpretation des Fr. 21 Dernburg, Kompensation 124 N. 2. Die Parallele zwischen Wirkung der Falcidia und der Pekuliarschulden auch bei Paulus D. (10, 3) 8, 1. — [2]) In der Form ist wohl Fr. 6 pr. nicht ganz klassisch, auch Fr. 10 ist nicht ganz in Ordnung (vgl. Krügers Digestenausg.), aber ein Verdacht gegen den Inhalt ist gegenüber den beiden sich gegenseitig stützenden Scaevola-Entscheidungen wohl schwerlich begründet. —

V.

Δημοσίωσις und *ἐκμαρτύρησις*.

Von

Herrn Prof. D. **Paul Jörs**

in Wien.

I.

1. Das Wort *δημοσίωσις*, das wir am besten mit ‚Verlautbarung' wiedergeben können, kommt in den griechischen Urkunden Ägyptens in dreifacher Bedeutung vor. Im engeren und eigentlich technischen Sinne[1]) bedeutet es die durch den Erzrichter (*ἀρχιδικαστής*) vermittelte Verlautbarung bei den beiden Archiven in Alexandrien, der *βιβλιοθήκη τοῦ Ναναίου*, auch *Ναναῖον* schlechthin genannt[2]), und der *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη*. Im weiteren Sinne werden aber auch andere vor dem Erzrichter vorgenommene Akte, die zum Mahn-[3]) und Vollstreckungsverfahren[4]) gehören, mit diesem

[1]) Über diese *δημοσίωσις* vgl. namentlich Gradenwitz, Festg. f. Koch 272f.; Mitteis, Arch. f. Pap. III 176f. und P. Leipz. S. 36 und Grundzüge 82ff., Preisigke, P. Straßb. I S. 108f. und Girowesen 294ff., Koschaker, Z. Sav. XXIX 1ff., Eger, Grundbuch 107ff., Partsch, Arch. f. Pap. V 463f. — [2]) Erstere genauere Bezeichnung in Oxy. 1200, 49, sonst *Ναναῖον*. Über den Namen s. Grenfell-Hunt, P. Oxy. I S. 69; Mitteis, Grundz. 84. — [3]) Vgl. über das Mahnverfahren (*διαστολικόν*) Mitteis, P. Leipz. I S. 326f. (hier ist der Ausdruck zuerst gebraucht) und Grundz. 121ff.; Koschaker, Z. Sav. XXIX 22ff.; Schwarz, Hypothek u. Hypallagma 76ff. — [4]) Vgl. über das Vollstreckungsverfahren (*ἐνεχυρασία, ἐμβαδεία* und die damit in Verbindung stehenden Akte) Koschaker, Z. Sav. XXIX 31ff.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 80ff.; Mitteis, Grundz. 143ff. 158ff. Neuerdings ist die *ἐνεχυρασία* auch in einem leider verstümmelten Abschnitt des P. Hal. 1, 234ff. aufgetaucht. Gegen die Übersetzung und die Ausführungen der Herausgeber (Dikaiomata S. 134. 136f.) ist aber einzuwenden, daß *ἐνεχυρασία* nicht Faustpfand (*ἐνέχυρον*), sondern die Pfändung (Pfandnahme) als Handlung bedeutet und daß die Ergänzung *[ὑ]πο[θήκη]* oder *[ὑ]πό[θεσις]* dem gewichtigen Bedenken unterliegt, daß *ὑποτιθέναι* und seine Substantiva sonst die (vertrags-

Ausdruck bezeichnet.[1]) Und schließlich begegnet δημοσίωσις gelegentlich auch für die bei den öffentlichen Notariaten der χώρα vorgenommene Verlautbarung, die nachher zu betrachtende ἐκμαρτύρησις.[2]) Im folgenden soll, wenn nichts anderes hinzugefügt ist, unter δημοσίωσις nur die ersterwähnte alexandrinische Verlautbarung verstanden werden.

2. Wir besitzen eine Anzahl von Urkunden, welche uns die Gesuche um δημοσίωσις selbst erhalten haben:

BGU. 455 wahrscheinlich aus dem I. Jahrhundert, aus dem arsinoitischen Gau; Verkauf eines Grundstückes. Schluß abgebrochen.

BGU. 231: stark verstümmeltes Bruchstück aus der Zeit Hadrians (117—138) aus dem arsinoitischen Gau. Der Inhalt des χειρόγραφον läßt sich nicht mit Sicherheit bestimmen.

BGU. 717 aus dem arsinoitischen Gau; Dotalvertrag zwischen dem Bräutigam und der Brautmutter vom J. 149. Anfang (ergänzt von Koschaker, Z. Sav. XXIX 7, 3) und Schluß fehlen.

Flor. 40 vom J. 162/3 aus Hermupolis; Verkauf von Grundstücken. Stark verstümmelt.

BGU. 578 (Chrest. II 227) vom J. 189 aus dem arsinoitischen Gau; Darlehn. Die Urkunde verbindet mit dem Antrage auf Verlautbarung (17—19) zugleich den auf Zustellung eines Zahlungsauftrages im Mahnverfahren (19—22).

Oxy. 719 vom J. 193 aus Oxyrynchos; Verkauf von Hausanteilen. Schluß abgebrochen.[3])

---

mäßige) Pfandsatzung, nicht die (eigenmächtige oder amtliche) Pfandnahme bedeutet.

[1]) Hierauf hat mit Recht Mitteis, Grundz. 86. 126 hingewiesen. Es gehören hierher sicher die Urkunden Leipz. 120, 3; BGU. 614, 4 (vgl. Mitteis, Herm. XXXII 645, 1). Ferner darf man BGU. 578, 4 insofern hier nennen, als die δημοσίωσις sich auch auf das hier mit der Verlautbarung verbundene Mahnverfahren bezieht. Vielleicht gilt das gleiche von Flor. 68, 8. Wahrscheinlich gehört, wie Mitteis a. a. O. (gegen Koschaker, Z. Sav. XXIX 11) hervorgehoben hat, auch Oxy. 533, 5 hierher (vgl. aber auch Preisigke, Girowesen 124f. und Partsch, Arch. f. Pap. V 464). Das gleiche gilt für Oxy. 906, 9, obwohl ich aus der μετάδοσις (Mitteis 86, 1) keine Schlüsse ziehen möchte. — [2]) Die Belege s. unten bei II. — [3]) In Oxy. 719, 20 ist m. E. zu ergänzen κυρία ἡ χείρ oder ἀσφάλεια. Ebenso Amh. 94, 3 (Chrest. I 347) ἀσφάλειαν statt

Leipz. 10 (Chrest. II 189) vom J. 240 aus Hermupolis; Darlehn mit antichretischer Verpfändung von Grundstücken. Der Antrag auf Verlautbarung wird von der Tochter und Erbin des Gläubigers gestellt.

Oxy. 1200, 9—52 vom J. 266 aus Oxyrynchos; Verkauf eines Grundstücksanteiles. Der Akt ist als Abschrift in eine andere Eingabe (5—8. 53—55) eingeschlossen.

Hieran sind folgende Urkunden anzuschließen, in denen die Partei, welche die *δημοσίωσις* vornehmen will, einen nach Alexandrien reisenden Abgesandten für diesen Akt bevollmächtigt (*ἀποσυνιστάναι*):

Grenf. II 71 (Chrest. II 190) aus der Zeit der Philippi aus Hibitopolis in der großen Oase. Die zur Verlautbarung zu bringende Urkunde enthält eine Vermögensschenkung (sog. elterliche Teilung).

Nach Ort, Zeit und Inhalt gehören hiermit die von Sayce in der Revue des études grecques VII 301 f. veröffentlichten Urkunden zusammen. Die hier interessierenden Teile, deren Ergänzungen sich heute weiter führen lassen, als es der Herausgeber versucht hat, lauten:

I vom J. 250/1: (Zeit) *[ἐκτὸς τῶν]* [3]*προαστείων. Ὁμολογεῖ*[1]) *Βησᾶς υἱὸς[.........]* [4]*νεκροτ[άφο]ς ἀπὸ Κύσεως Κυσείτῃ*[2]) *[*Name im Dativ *ἀπο]*[5]*συνεσ[τηκ]έναι*[1]) *αὐτὸν* .. *καταπλέ[οντα εἰς Ἀλεξάνδρειαν δημοσιῶ]*[6]*σαι παρ[ὰ] τῷ ἀρχιδικ[α]στῇ χειρόγ[ραφον* ..... *κτλ.*

III vom J. 240/1. (Zeit) [3]*ἐκτὸς τῶν προαστείων [Ὁμολογεῖ Πολυδεύκης? δ]*[4]*ἐπικαλούμενος Μεν* ... (weitere Personalien .... [5]*νεκροτάφος ἀ[πὸ]* .... *[*(Ortsangabe) *Σα]*[7]*ραπίωνι*

ὁμολογίαν und Z. 19 *χείρ* oder *ἀσφάλεια* statt *ὁμολογία* (Wilcken), und BGU. 666, 11 *ἀσφάλειαν* statt *ὁμολογίαν*. Denn wenn auch *ὁμολογία* gelegentlich ein *χειρόγραφον* bedeuten kann (Mitteis, Grundz. 73, 3. 86), so ist doch dieser Sprachgebrauch so selten, daß er bei Ergänzungen vermieden werden muß. Oxy. 731, 13 halte ich für das einzige sichere Beispiel.

[1]) Hierdurch wird Mitteis' (Chrest. II S. 207 zu Nr. 190) Ergänzung *ἀποσυνεστη[κέναι* in Grenf. II 71, 5 bestätigt und die von ihm offen gelassene Frage, ob der Infinitiv lediglich als Notariatsstil oder durch ein ausgelassenes Verbum finitum zu erklären sei, im letzteren Sinne entschieden, denn in der obigen Urkunde ist *ὁμολογεῖ* erhalten. — [2]) Vgl. Grenf. II 69, 6 f. 71, I 5.

τῷ (l. *τοῦ*?) *Κάρφιλος* (?) *ἀ[ποσυνεστηκέναι αὐτὸν]* [8] *καταπλέοντα εἰς Ἀλεξ[άνδρειαν δημοσιῶσαι παρὰ]* [9] *τῷ ἀρχιδικαστῇ χειρόγρα[φον χάριτος γενο]* [10] *μένης αὐτῷ ἧς ἐστιν ἀ[ντίγραφον κτλ.*

Vielleicht ist auch Lond. III S. XLVIII (Nr. 949) diesen Akten zuzuzählen. Doch haben die Herausgeber zu wenig über den Inhalt des verstümmelten Textes mitgeteilt, als daß man ein bestimmtes Urteil wagen könnte.

Daneben stehen andere Urkunden, in denen die *δημοσίωσις* als geschehen erwähnt wird.

BGU. 50 (Chrest. II 205) vom J. 115 aus dem arsinoitischen Gau; Verkauf eines Grundstückes (5): *κατὰ χειρόγραφον δεδημοσιωμέ[νον.*

BGU. 983 aus dem arsinoitischen Gau. In einer Eingabe aus der Zeit des Pius (138—161) ist die Rede von einem Grundstück, das die Gesuchstellerin von einem Feldmesser käuflich erworben hat (9f.): *ὃ πέπρακεν [— κατὰ χειρόγρα]φον αὐτ[οῦ ὃ]ν καὶ ἔν[θα] δημοσ[ιω]σάσης α[ὐτὸ] καὶ μ[ε]τ[α]δούσης [...*

Flor. 68 vom J. 172 aus Hermupolis. Die arg verstümmelte Urkunde scheint einen Zahlungsauftrag im Mahnverfahren[1]) darzustellen (vgl. Z. 2. 10f.). Zugrunde liegen Forderungen, wahrscheinlich Darlehen, welche, durch *χειρόγραφα* beurkundet, vorher der Verlautbarung in Alexandrien unterzogen waren. So dürften die Reste von Z. 8 zu verstehen sein: ... *ὑπομ]νήματος ὡς ἐκ καταλογείου πεποrισμένου περὶ δημοσιώσεως χειρογράφων . [...*

BGU. 970 (Chrest. II 242) vom J. 177 aus dem arsinoitischen Gau. Eingabe, welcher ein durch *χειρόγραφον* abgeschlossener Dotalvertrag zugrunde liegt. Diesen verlautbarte die Frau nach dem Tode des Mannes (20f.): *ἐδημίσωσ' αὐτὸ τὸ δηλούμενον τοῦ ἀνδρός μου χειρ[όγρα]φον.*

---

[1]) Freilich scheint es sich nicht wie gewöhnlich um ein Mahnverfahren mit der Alternative Zahlung oder Pfändung und weitere Vollstreckung, sondern, nach Z. 11 zu schließen, ähnlich wie in BGU. 614, 26ff. (dazu Koschaker, Z. Sav. XXIX 45) um die Wahl zwischen Zahlung und Prozeß zu handeln. Vgl. auch die allerdings sehr dunklen Worte in BGU. 1105, 29ff.

Lond. III 158f. (Nr. 1164[d]) vom J. 212 aus Antinoupolis. Der Gläubiger quittiert durch *διαγραφή* über die Rückzahlung eines Betrages, welcher ihm, wahrscheinlich als Darlehn, geschuldet wurde (6ff.): *κατὰ δισσὸν χ[ι]ρόγραφον — τὸ καὶ δεδημοσιωμένον ἐν τῷ καταλογείῳ.*

Oxy. 70 aus dem III. Jahrhundert, Oxyrynchos. Darlehn (5. 16) *καθ' ἰδιόγραφον χ[ειρόγραφον —] — δ[ημοσ]ι[ω]θέν.*[1])

Hierzu kommen noch zwei Urkunden, welche sich auf unsern Gegenstand beziehen.

P. Soc. Ital. 109 aus Oxyrynchos enthält Reste von gleichartigen Eingaben (A vom J. 154), in denen der Gesuchsteller eidlich erklärt, die Gebühren für die *δημοσίωσις* bezahlt zu haben. Wie der Herausgeber Vitelli wohl mit Recht annimmt (S. 177), handelte es sich dabei um die Verlautbarung einer Urkunde, auf Grund welcher der Gesuchsteller das Eigentum an bestimmten Grundstücken erworben hatte.

Lond. III 111 (Nr. 1157, III) (Chrest. II 199) aus Hermupolis, Mitte des III. Jahrhunderts. In dieser Eingabe beantragt ein Darlehnsgläubiger, die *βιβλιοφύλακες* (*ἐγκτήσεων*) zur *παράθεσις* seiner Forderung anzuweisen, damit seine Befriedigung nicht durch den Schuldner vereitelt werde, bevor er selbst nach Alexandrien kommen und die nötigen gesetzlichen Schritte vornehmen könne. Zu letzteren gehörte, wenn sie nicht etwa schon vorher geschehen sein sollte, in erster Linie die Verlautbarung des Schuldscheines.[2])

Schließlich sind in diesem Zusammenhange noch gewisse Klauseln zu erwähnen, welche sich nicht selten in *χειρόγραφα* finden.

---

[1]) So muß jetzt zweifellos statt *δημοσιευθέν* (Grenfell-Hunt) ergänzt werden. *Δημοσιεύειν* im Sinne von verlautbaren findet sich erst im Testament des Bischofs Abraham (Lond. I 232 Nr. 77, 5). — [2]) Vgl. zu der Urkunde Koschaker, Z. Sav. XXIX 34f., 1; Rabel, Verfügungsbeschränkungen 41f.; Lewald, Grundbuch 72, 5; Eger, Grundbuch 64, 5; Preisigke, Girowesen 476; Mitteis, Chrest. II zu 199, 10. Sollte übrigens in Z. 9 nicht zu ergänzen sein *παραθεῖναι — τῷ λή[μματι] αὐτοῦ? Λῆμμα* wird für die Stichwörter der Lexika und Scholien gebraucht: warum nicht auch für die der *διαστρώματα*? Diese waren als „Personalfolien" und wie BGU. 959 und 1072 zeigen, in der Weise angelegt, daß der Personenname ausgerückt wurde, ein Herausheben, das dem Wortsinn von *λῆμμα* entsprechen würde.

Zunächst die Wendung *τὸ χειρόγραφον κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ (ἀρχείῳ) κατακεχωρισμένον (κατακείμενον)*.[1])

Oxy. 731, 14.f[2])	Dienstvertrag	Oxy.	8/9
BGU. 981, I 33	Dienstvertrag	Mendes	79
II 3	Bürgschaft	Mendes	79
BGU. 260, 9f.	Quittung (Darlehn)	Ars.	90
Teb. 391, 26	Teilung	Ars.	99
BGU. 50, 20	Versprechen der Bereinigung der *β. ἐγκτήσεων*	Ars.	115
Hamb. 32, 15f.	Darlehn	Ars.	120
BGU. 69, 14	Darlehn	Ars.	120
BGU. 272, 17	Darlehn	Ars.	138/9
Lond. II 207 (Nr. 178, 14f.)	Quittung (Dos)	Ars.	145
BGU. 717, 23	Dotalvertrag	Ars.	149
BGU. 520, 12	Depositum	Ars.	172
BGU. 666, 28	Auflassung	Ars.	177
Leipz. 10, II 2	Darlehn mit *ὑπάλλαγμα*	Herm.	178
Amh. 99, (a) 23	Teilung	Herm.	179
BGU. 578, 15	Darlehn	Ars.	187
Teb. 396, 20	Quittung (Darlehn?)	Ars.	188
BGU. 71, 22	Kauf	Ars.	189
Oxy. 719, 28	Kauf und Auflassung	Oxy.	193
Flor. 62, 7	Darlehn	?	204
Oxy. 1040, 32	Darlehn	Oxy.	225
BGU. 942, 6	Quittung	Herakleopolis	240
Grenf. II 71, II 13	Schenkung	Hibitopolis	244
Leipz. 11, 8	Darlehn	Herm.	247

[1]) Vgl. dazu Gradenwitz, Einführung 92, 1 und Festg. f. Koch 266, 1; Mitteis, Herm. XXX 599 und Grundz. 83; Koschaker, Z. Sav. XXIX 1 f.; Preisigke, Girowesen 455f.; Eger, Grundbuch 107. — [2]) In dieser ältesten Urkunde lautet die Formel bloß: *ἡ ὁμολογία — κυρία ἔστω ὡς κατακεχωρισμένη*; das Archiv ist nicht genannt.

Grenf. II 68, 11 (= 70, 13)	Schenkung	Hibitopolis	247
Gen. 9, I 15 f.	Darlehn	Herakl. (?)	251 (?)
CPR. 9, I 17	Kauf	Herm.	271
Leipz. 29, 17	Testament	Herm.	295
Grenf. II 75, 20 f.	Ehescheidung	Hibitop.	305
Grenf. II 76, 15 f.	Quittung (Ammenlohn)	Hibitop.	305/6
Leipz. 6, 6	Kauf	Herm.	306
CPR. 10, I 11	Kauf	Herm.	321/2
Lond. III 233 (Nr. 978, 17)	Teilung	Herm.	331
Flor. 96, 4. 12	Kauf	Herm.	337
Goodsp. 13, 14 f.	Kauf	Herm.	341

Außerdem unbestimmbar: P. Erzh. Rainer SN. 99 bei Wessely Karanis und Soknopaiu Nesos S. 50 und mehrere stark verstümmelte Stücke in der Rev. d. études gr. VII S. 301 ff. Nr. II, 5. IV, 11. V, 11 (J. 244—249). VI, 7, die aus der großen Oase (Hibitopolis) stammen.

Ferner die Klausel *εὐδοκῶ τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει* (oder ähnlich)[1]:

Flor. 47, 21. 42	Tausch	Herm.	213–217
Oxy. 1200, 34 ff.	Kauf	Oxy.	266
Flor. 50, 117 ff.	Kauf	Herm.	268
CPR. 9, I 18	Kauf	Herm.	271
Straßb. 29, 46	Teilung	Herm.	289
Oxy. 1208, 24 f. 27	Kauf	Oxy.	291
Leipz. 6, 17. 19	Kauf	Herm.	306
CPR. 10, I 11	Kauf	Herm.	321/2
Lond. III 233 f. Nr. 978, 17	Teilung	Herm.	331
Flor. 96, 5. 7. 12. 15	Kauf	Herm.	337
Goodsp. 13, 15. 18	Kauf	Herm.	341

Über die Frage, welche Bedeutung diesen Klauseln für die *δημοσίωσις* zukam, s. bei I 4.

1) Vgl. Koschaker, Z. Sav. XXIX 1, 1; Preisigke, Girowesen 295; Mitteis, Grundz. 83.

3. Die *δημοσίωσις* griff bei Handscheinen (*χειρόγραφα*)[1]) Platz. Bisher hat sich weder eine andere Privaturkunde (Sechszeugenurkunde [*ἑξαμάρτυρος συγγραφή*[2])], *ὑπόμνημα*[3]), oder was sonst an derartigen Urkunden vorkam)[4]), gefunden, die der alexandrinischen Verlautbarung unterzogen wurde, noch hat sich mit Sicherheit nachweisen lassen, daß sie an einer öffentlich errichteten Urkunde (*δημόσιος χρηματισμός*[5])), sei es einer gerichtlichen (*συγχώρησις* vor den alexandrinischen *κριτήρια* oder dem *ἀρχιδικαστής*), sei es einer notariellen Urkunde (der *ἀγορανόμια, γραφεῖα, μνημονεῖα* und

[1]) Über die *χειρόγραφα* im allgemeinen genügt es jetzt auf Mitteis, Grundz. 55ff. zu verweisen. — [2]) Über diese Urkunden vgl. Meyer, Klio VI 451ff.; Reinach in P. Rein. S. 46ff.; Wilcken, Arch. f. Pap. III 522f. V 204ff.; Mitteis, R. Privatr. I 307f. 309, 70 und Grundz. 53ff. 79. Den bei Mitteis, Grundz. 55 aufgezählten Beispielen aus römischer Zeit darf man vielleicht jetzt Soc. Ital. 36[a] hinzurechnen; jedenfalls ist dort in Z. 24 aufzulösen: *Ἡ συνγραφὴ κυρία. Μάρτυρες* (folgten die Namen), nicht *μάρτυρ ἔσ(τω)*. Die Urkunden dieser Gattung, welche in unseren Texten als *ἑξαμάρτυρος συγγραφή* bezeichnet werden (Leid. A 10; BGU. 260, 7. 813, 10. 989, 2. 21; Hawara 303, 20) pflegt man heute ganz allgemein *Συγγραφοφύλαξ*- oder Hüterurkunden zu nennen. Ich halte diese Namensänderung nicht für glücklich. Wesentlich sind für die Urkunde nur die sechs Zeugen (und in älterer Zeit wohl auch Doppelschrift und Siegelung). Die Übergabe an den Hüter aber darf man, so sehr sie auch in ptolemäischer Zeit die Regel bildet, doch nicht als ein notwendiges Formerfordernis ansehen, so daß die Urkunde ohne sie keiner Rechtswirkungen fähig gewesen wäre. In unserm ältesten Stücke, Eleph. 1, übergeben die Parteien die Urkunde keinem der Zeugen, sondern nehmen sie in eigene Verwahrung. Ebenso fehlt der Hüter in Hamb. 24 (der öffentlich rechtliche Charakter des Inhalts [Meyer S. 101] kann m. E. nicht für die Form entscheidend sein), und ganz fehlt er in den römischen Urkunden dieser Art. Andrerseits kennen wir eine Verwahrung auch bei anderen Urkunden: so vielleicht in Magd. 12, 4f. (wenn dort ein demotischer Vertrag vorlag), jedenfalls in Rein. 7, 22, wo ein *χειρόγραφον*, wenn auch nicht von seiner Errichtung an, so doch hinterher einem Sequester übergeben wurde, und in Teb. 382, 14f. 386, 24. — [3]) Über das *ὑπόμνημα* vgl. Waszynski, Bodenpacht I 13ff.; Mitteis, R. Privatrecht I 312 und Grundz. 57f.; Berger, Z. f. vergl. RW. XXIX 349f. — [4]) So z. B. das *πιττάκιον* (s. die Zusammenstellung bei Schubart zu BGU. 1167, 3). — [5]) *Δημόσιος χρηματισμός* entspricht ganz dem, was das heutige Recht (Deutsche CPO. 415; Öst. CPO. 292) unter öffentlicher Urkunde versteht. Vgl. dazu Koschaker, Z. Sav. XXVIII 267f., 6; Mitteis, Grundz. 50f. Ebenda 58ff. s. über die verschiedenen Arten.

anderen Ämtern), denen die Bankurkunde (διαγραφή, διεγβολή)[1]) gleichzustellen ist, vorgenommen wurde.[2])

4. Das Verfahren bei der δημοσίωσις ist öfter geschildert worden[3]); es genügt hier die Hauptpunkte anzudeuten. Der Gläubiger[4]) überreichte persönlich oder durch einen Bevollmächtigten (διαπεσταλμένος, ἀποσυσταθείς) dem Erzrichter in Alexandrien, und zwar wahrscheinlich in einer von diesem Beamten abgehaltenen Sitzung[5]), ein schriftliches Gesuch (ὑπόμνημα) um Aufnahme des χειρόγραφον in die beiden hauptstädtischen Bibliotheken. In dem Gesuche war eine Abschrift des Handscheines enthalten; dieser selbst wurde urschriftlich in einfacher oder doppelter Ausfertigung mit dem ὑπόμνημα zugleich übergeben. Offenbar fand nun eine amtliche Prüfung statt. Wir wissen, daß der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter die Echtheit des χειρόγραφον eidlich erhärten mußte, indem er beschwor, daß der ganze Text oder wenigstens die Unterschrift eigenhändig vom Aussteller oder dessen Schreibvertreter abgefaßt sei.[6])

---

[1]) Über den öffentlich rechtlichen Charakter der διαγραφή s. Preisigke, Girowesen 336f.; Mitteis, Grundz. 71. — [2]) Über die Frage der δημοσίωσις öffentlicher Urkunden vgl. Koschaker, Z. Sav. XXIX 2; Grenfell-Hunt, P. Oxy. VI zu 906, 9; Mitteis, Z. Sav. XXX 401f. und Grundz. 86. 126 und Chrest. II S. 326; Preisigke, Girowesen 295. 299; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 88, 1. Betreffs CPR. 155 bin ich mit Koschaker der Ansicht, daß die Urkunde nicht als χειρόγραφον angesehen werden kann. Übrigens vermochte ich auf einer Abzeichnung, die mir Herr Professor Wessely vor Jahren auf meine Bitte freundlichst mitteilte, [δημ]οσιῶσι nicht hinreichend sicher zu erkennen. Der Text bedarf jedenfalls erneuter Prüfung. — [3]) S. die oben S. 107, 1 angeführte Literatur, vor allem Preisigke, P. Straßb. I S. 108f.; Koschaker, Z. Sav. XXIX 7ff.; Mitteis, Grundz. 82ff. und Chrest. II S. 202f. — [4]) Man gestatte hier und im folgenden der Kürze halber diese Bezeichnung für die Partei, welcher das χειρόγραφον ausgestellt wird (den Erklärungsempfänger, Destinatär) und welcher die darin enthaltenen Zusagen gemacht werden, also den Darleiher, Käufer, Beschenkten, die Frau beim Dotalvertrage usw. — [5]) So Mitteis, Grundz. 84, 5. 124 in Übereinstimmung mit seiner allgemeinen Auffassung über die Einreichung von Libellen. — [6]) Der Gläubiger selbst in BGU. 717, 4. Oxy. 719, 33 vgl. auch Lond. III 110f. (Nr. 1157, III 7, dazu oben S. 111); sein Bevollmächtigter in BGU. 578, 18. Leipz. 10, II 22. Oxy. 1200, 46f.; dazu kommen die oben S. 109 erwähnten Bestallungsurkunden Grenf. II 71 und Rev. d. études grecques VII 301f.

Darauf wurde die Aufnahme in die Archive verfügt. Über deren Ausführung läßt sich aus den uns erhaltenen Akten (S. 108 f.) entnehmen, daß das eingereichte urschriftliche *χειρόγραφον* mit dem Gesuch in die *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* wanderte[1]), und daß das *Ναναῖον* entweder eine zweite Ausfertigung (BGU. 578) oder eine amtliche Abschrift (Oxy. 719. 1200; Leipz. 10) erhielt.

Von einer Mitwirkung[2]) des Ausstellers des *χειρόγραφον* bei der Vollziehung der *δημοσίωσις* verlautet nichts: überall nimmt der Gläubiger den Akt selbständig vor. Es ist aber zu beachten, daß in allen uns bekannten Fällen, in denen ein *χειρόγραφον* zur Verlautbarung gebracht wird, dieses eine der beiden oben (S. 112 f.) angeführten Klauseln *κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ* (*ἀρχείῳ*) *κατακεχωρισμένον* oder *εὐδοκῶ τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει* trägt.[3]) Daß mit der letzteren dem

[1]) Über diesen Punkt, der für die Auffassung der *δημοσίωσις* von entscheidender Wichtigkeit ist, kann m. E. kein Zweifel bestehen. Ein Antrag, wie z. B. in BGU. 578, 17 ff. *βουλόμενος ἐν δημοσίῳ γενέσθαι τὸ αὐθεντικὸν δισσὸν χειρόγρ(αφον) καὶ ἀξιῶ — [σ]υνκαταχ[ωρί]σαι αὐτὸ τῷ[δε τ]ῷ ὑπομνήματι εἰς ἀμφοτέρας τὰς βιβλιοθήκας*, spricht ganz klar und widerlegt die Ansicht Koschakers (Z. Sav. XXIX 9), es seien Kopien in den beiden Bibliotheken hinterlegt (richtig Preisigke, P. Straßb. I S. 109; Mitteis, Grundz. 85). Dann aber ist es kaum möglich (wie das gewöhnlich geschieht), Oxy. 34, I 7 ff. auf die *δημοσίωσις* von *χειρόγραφα* zu beziehen. Denn hier wird vorausgesetzt, daß sich ein *τόμος συγκολλήσιμος*, also ein Sammelband von Urschriften auf dem *καταλογεῖον* befindet. Aus ihm sollen nach dem Edikt des Präfekten in der genannten Urkunde Auszüge und Abschriften angefertigt und diese sollen den beiden Archiven einverleibt werden. Das stimmt schlechterdings nicht zu dem, was die Gesuchsteller für die *δημοσίωσις* vom Erzrichter begehren. Nach diesen muß mindestens die hadrianische Bibliothek die *χειρόγραφα* im Original aufbewahrt haben. Auch der Befehl, der am Schlusse an die Urkundsbeamten der Stadt und des Landes ergeht, die *συναλλάγματα* einzureichen, kann sich nur auf Urkunden beziehen, die sie aufgenommen haben, nicht auf *χειρόγραφα*. — [2]) Vgl. zum Folgenden Koschaker, Z. Sav. XXIX 13 f.; Eger, Grundb. 108; Preisigke, P. Straßb. I S. 108 f. und Girowesen 294 f. 298 f.; Mitteis, Grundz. 83. 85 und Z. Sav. XXXIII 643; Lewald ebend. 631, 1. Ob bei *μεταλήμψεως* in Oxy. 1200, 36 an etwas bestimmtes gedacht ist, oder ob das Wort bloß pleonastisch zu *εὐδοκήσεως* hinzugefügt ist, läßt sich nicht entscheiden. — [3]) Das gleiche gilt von der selbständigen *ἐκμαρτύρησις* s. unten bei III, dort auch über das Aufkommen der Klausel *εὐδοκῶ κτλ.*

Gläubiger das Recht eingeräumt werden soll, die *δημοσίωσις* selbständig vorzunehmen, ist klar: in Oxy. 1200, 51 beruft er sich ausdrücklich darauf. Weniger durchsichtig ist die ersterwähnte und, wie es scheint, ältere Formel. Sicher ist, daß sie dem Handscheine keine Wirkung beilegen konnte, die ihm nicht zukam: man kann eine Privaturkunde nicht durch seine Willenserklärung zur öffentlichen machen oder ihr deren besondere Wirkungen beilegen. Es müßte ein weiterer Akt hinzutreten, der diesen Erfolg herbeiführen könnte. Das ist aber eben im römischen Ägypten die *δημοσίωσις*. So darf man wohl annehmen, daß der Aussteller, indem er seinem Handscheine die Kraft einer in öffentliche Verwahrung gebrachten Urkunde beilegte, sich damit einverstanden erklärte, daß der Gläubiger ihn der zuständigen Stelle einreichte, um diese Wirkung herbeizuführen. Ob aber der Gläubiger einer nachträglichen Einwilligung oder sonstigen Mitwirkung des Schuldners bedurfte, wenn das *χειρόγραφον* keine der Klauseln enthielt, läßt sich aus den vorliegenden Urkunden nicht entscheiden.

Auf die Frage, ob der Aussteller des Handscheines von der erfolgten Verlautbarung in Kenntnis gesetzt wurde, wird später (IV) einzugehen sein.

5. Eine verbreitete Meinung[1]) sieht die Verlautbarung der Handscheine in den alexandrinischen Archiven als eine notwendige, gesetzlich geforderte Maßregel an. Vor allem hat man an einen Zwang aus fiskalischen Gründen gedacht und angenommen, daß eine Strafe (*τίμημα*) für die unterbliebene oder verspätete Einreichung des *χειρόγραφον* gezahlt werden mußte. Aber diese Strafe läßt sich nicht mit Sicherheit aus unseren Texten erweisen.[2]) Und wenn der

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, Festg. f. Koch 272; Koschaker, Z. Sav. XXIX 10 ff.; Mitteis, Grundz. 80. 84. 85 ff. und Z. Sav. XXXIII 642 f.; Partsch, Arch. f. Pap. V 464. — [2]) Lewald (Z. Sav. XXXIII 630 f.) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß das *τίμημα* in Leipz. 10 gegenüber dem *τειμήματος τέλος* in Oxy. 1200, 45 und auch, weil an letzterer Stelle kaum von einer verspäteten Anmeldung des *χειρόγραφον* geredet werden kann, schwerlich in dem Sinne von Strafgebühr aufrechterhalten werden kann. Hinzuzufügen ist, daß in Oxy. 1208, 4 bei der *εκμαρτυρησις* die Käuferin erklärt, sie nehme diesen Akt vor *τῷ ἑαυ[τ]ῆς τιμήματι*, das

Darauf wurde die Aufnahme in die Archive verfügt. Über deren Ausführung läßt sich aus den uns erhaltenen Akten (S. 108f.) entnehmen, daß das eingereichte urschriftliche *χειρόγραφον* mit dem Gesuch in die *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* wanderte[1]), und daß das *Ναναῖον* entweder eine zweite Ausfertigung (BGU. 578) oder eine amtliche Abschrift (Oxy. 719. 1200; Leipz. 10) erhielt.

Von einer Mitwirkung[2]) des Ausstellers des *χειρόγραφον* bei der Vollziehung der *δημοσίωσις* verlautet nichts: überall nimmt der Gläubiger den Akt selbständig vor. Es ist aber zu beachten, daß in allen uns bekannten Fällen, in denen ein *χειρόγραφον* zur Verlautbarung gebracht wird, dieses eine der beiden oben (S. 112f.) angeführten Klauseln *κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ (ἀρχείῳ) κατακεχωρισμένον* oder *εὐδοκῶ τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει* trägt.[3]) Daß mit der letzteren dem

[1]) Über diesen Punkt, der für die Auffassung der *δημοσίωσις* von entscheidender Wichtigkeit ist, kann m. E. kein Zweifel bestehen. Ein Antrag, wie z. B. in BGU. 578, 17 ff. *βουλόμενος ἐν δημοσίῳ γενέσθαι τὸ αὐθεντικὸν δισσὸν χειρόγρ(αφον) καὶ ἀξιῶ — [σ]υνκαταχ[ωρί]σαι αὐτὸ τῶ[δε τ]ῷ ὑπομνήματι εἰς ἀμφοτέρας τὰς βιβλιοθήκας*, spricht ganz klar und widerlegt die Ansicht Koschakers (Z. Sav. XXIX 9), es seien Kopien in den beiden Bibliotheken hinterlegt (richtig Preisigke, P. Straßb. I S. 109; Mitteis, Grundz. 85). Dann aber ist es kaum möglich (wie das gewöhnlich geschieht), Oxy. 34, I 7ff. auf die *δημοσίωσις* von *χειρόγραφα* zu beziehen. Denn hier wird vorausgesetzt, daß sich ein *τόμος συγκολλήσιμος*, also ein Sammelband von Urschriften auf dem *καταλογεῖον* befindet. Aus ihm sollen nach dem Edikt des Präfekten in der genannten Urkunde Auszüge und Abschriften angefertigt und diese sollen den beiden Archiven einverleibt werden. Das stimmt schlechterdings nicht zu dem, was die Gesuchsteller für die *δημοσίωσις* vom Erzrichter begehren. Nach diesen muß mindestens die hadrianische Bibliothek die *χειρόγραφα* im Original aufbewahrt haben. Auch der Befehl, der am Schlusse an die Urkundsbeamten der Stadt und des Landes ergeht, die *συναλλάγματα* einzureichen, kann sich nur auf Urkunden beziehen, die sie aufgenommen haben, nicht auf *χειρόγραφα*. — [2]) Vgl. zum Folgenden Koschaker, Z. Sav. XXIX 13f.; Eger, Grundb. 108; Preisigke, P. Straßb. I S. 108f. und Girowesen 294f. 298f.; Mitteis, Grundz. 83. 85 und Z. Sav. XXXIII 643; Lewald ebend. 631, 1. Ob bei *μεταλήμψεως* in Oxy. 1200, 36 an etwas bestimmtes gedacht ist, oder ob das Wort bloß pleonastisch zu *εὐδοκήσεως* hinzugefügt ist, läßt sich nicht entscheiden. — [3]) Das gleiche gilt von der selbständigen *ἐκμαρτύρησις* s. unten bei III, dort auch über das Aufkommen der Klausel *εὐδοκῶ κτλ.*

Gläubiger das Recht eingeräumt werden soll, die *δημοσίωσις* selbständig vorzunehmen, ist klar: in Oxy. 1200, 51 beruft er sich ausdrücklich darauf. Weniger durchsichtig ist die ersterwähnte und, wie es scheint, ältere Formel. Sicher ist, daß sie dem Handscheine keine Wirkung beilegen konnte, die ihm nicht zukam: man kann eine Privaturkunde nicht durch seine Willenserklärung zur öffentlichen machen oder ihr deren besondere Wirkungen beilegen. Es müßte ein weiterer Akt hinzutreten, der diesen Erfolg herbeiführen könnte. Das ist aber eben im römischen Ägypten die *δημοσίωσις*. So darf man wohl annehmen, daß der Aussteller, indem er seinem Handscheine die Kraft einer in öffentliche Verwahrung gebrachten Urkunde beilegte, sich damit einverstanden erklärte, daß der Gläubiger ihn der zuständigen Stelle einreichte, um diese Wirkung herbeizuführen. Ob aber der Gläubiger einer nachträglichen Einwilligung oder sonstigen Mitwirkung des Schuldners bedurfte, wenn das *χειρόγραφον* keine der Klauseln enthielt, läßt sich aus den vorliegenden Urkunden nicht entscheiden.

Auf die Frage, ob der Aussteller des Handscheines von der erfolgten Verlautbarung in Kenntnis gesetzt wurde, wird später (IV) einzugehen sein.

5. Eine verbreitete Meinung[1]) sieht die Verlautbarung der Handscheine in den alexandrinischen Archiven als eine notwendige, gesetzlich geforderte Maßregel an. Vor allem hat man an einen Zwang aus fiskalischen Gründen gedacht und angenommen, daß eine Strafe (*τίμημα*) für die unterbliebene oder verspätete Einreichung des *χειρόγραφον* gezahlt werden mußte. Aber diese Strafe läßt sich nicht mit Sicherheit aus unseren Texten erweisen.[2]) Und wenn der

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, Festg. f. Koch 272; Koschaker, Z. Sav. XXIX 10 ff.; Mitteis, Grundz. 80. 84. 85 ff. und Z. Sav. XXXIII 642 f.; Partsch, Arch. f. Pap. V 464. — [2]) Lewald (Z. Sav. XXXIII 630 f.) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß das *τίμημα* in Leipz. 10 gegenüber dem *τειμήματος τέλος* in Oxy. 1200, 45 und auch, weil an letzterer Stelle kaum von einer verspäteten Anmeldung des *χειρόγραφον* geredet werden kann, schwerlich in dem Sinne von Strafgebühr aufrechterhalten werden kann. Hinzuzufügen ist, daß in Oxy. 1208, 4 bei der *ἐκμαρτυρησις* die Käuferin erklärt, sie nch [illegible] diesen Akt vor *τῷ ἑαυ[τ]ῆς τιμήματι*, das

Staat aus eigennützigen Gründen die *δημοσίωσις* verlangt hätte, so wäre es schwer zu erklären, daß so viele *χειρόγραφα* im Lande umliefen und von den Parteien benutzt wurden, die gar nicht oder erst Jahrzehnte nach ihrer Errichtung (Leipz. 10) in Alexandrien eingereicht wurden.

Indessen ist die aufgeworfene Frage damit nicht erledigt: es konnten ja auch Gründe der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein, welche die Regierung zu einem Gebot der Verlautbarung bestimmten. In dieser Hinsicht ist namentlich die Frage wichtig, ob das betreffende Gebot ein allgemeines war. Man hat nämlich daran gedacht, daß die *δημοσίωσις* der Handscheine möglicherweise nur für (inhaltlich) bestimmte Arten von Geschäften gefordert wurde.[1]) Freilich läßt sich vorderhand gar nicht bestimmen, für welche *χειρόγραφα* die Verlautbarung in diesem Sinne notwendig gewesen sein sollte.[2]) Die uns bekannten Beispiele von *χειρόγραφα δεδημοσιωμένα* betreffen, wie man aus der obigen Aufzählung (S. 108ff.) ersehen kann, recht verschiedenartige Geschäfte. Man müßte jedenfalls erwägen, ob die *δημοσίωσις*, wenn sie für bestimmte Geschäfte vorgeschrieben war, nicht doch auch für andere (alle?) zugelassen war.

Zu einem gesicherten Ergebnis über diese Fragen kann man auf Grund des bisher bekannt gewordenen Materials nicht gelangen.

Dagegen steht fest, daß insofern ein mittelbarer Zwang zur Verlautbarung bestand, als dem *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* Rechtswirkungen zukamen, die dem bloßen Hand-

heißt doch wohl „auf ihre eigenen Kosten" (was die Gebühren anlangt). Vgl. Hunt z. d. St. und auch Vitelli, P. Soc. Ital. S. 178 zu Nr. 109, 7 (*σπονδαῖς*). Dadurch, daß schon eine Gebühr von 12 Drachmen an die Stadt (Alexandrien), offenbar für das Tätigwerden des Erzrichters nebst *καταλογεῖον* und *διαλογή* zu zahlen war, ist nicht ausgeschlossen, daß der Staat sich auch noch für die Aufnahme des Handscheines in seine Archive — denn als solche sind doch wohl das *Ναναῖον* und jedenfalls die *Ἀδριανὴ βιβλιοθήκη* anzusehen — bezahlen ließ.

[1]) Vgl. Mitteis, Grundz. 84 und Z. Sav. XXXIII 643. — [2]) Wollte man etwa an Veräußerung von Grundstücken, an Vermögensübertragungen und -teilungen denken, so würde sich vielleicht erklären, warum in Grenf. II 71 neben der *συνήθης δημοσίωσις* noch die Verlautbarung in Alexandrien vorgenommen wird.

schein fehlten. Hierauf wird unten (IV) eingegangen werden müssen.

6. In die ptolemäische Zeit führen keine sicheren Spuren der *δημοσίωσις*. Man pflegt aber die *ἀναγραφή* von Privaturkunden, die in jenen Jahrhunderten vorkam, als ihre Vorläuferin anzusehen.[1]) Doch ist der Boden, auf dem sich diese Meinung aufbaut, ein recht unsicherer. Bei *χειρόγραφα*, auf die es hier ankommt, läßt sich die *ἀναγραφή* nur in zwei Urkunden aus dem Gau von Hermupolis nachweisen.[2]) Ob sie auch andererorts vorkam, ob sie eine freiwillige oder gesetzlich vorgeschriebene war, steht dahin.[3]) Und vor allem: wenn sich die *ἀναγραφή* bei den Handscheinen, wie anzunehmen, in derselben Weise wie bei den alexandrinischen Grundstücksverkäufen und den demotischen Verträgen durch Herstellung eines Auszuges und dessen Aufnahme in ein Register vollzog[4]), so läßt sich gerade das, was für die

---

[1]) So Mitteis, Grundz. 82; vgl. Koschaker, Z. Sav. XXIX 3f. Über den noch recht umstrittenen Begriff der *ἀναγραφή* s. Koschaker, Z. Sav. XXVIII 288f.; Lewald, Grundbuch 65f.; Preisigke, Girowesen 403ff., vgl. 425ff. und Klio XII 457f.; Partsch, Gött. Gel. Anz. 1910, 748ff.; Mitteis, Grundz. 64. 72. 79f. 82, 2. — [2]) Rein. 29, 21. 30, 16f. Die geringen Reste dieser Vermerke stimmen mit den besser erhaltenen der Zeugenurkunden überein, so daß die Ergänzung als zuverlässig gelten kann. Die *ἀναγραφή* der Zeugenurkunden läßt sich auch anderweit nachweisen und darf als eine allgemeine Einrichtung angesehen werden. Den Rückschluß von dieser *συγγραφή*, einem Instrumentum quasi publicum, auf das *χειρόγραφον* halte ich nicht für sicher, zumal wir eine erhebliche Anzahl von Handscheinen aus ptolemäischer Zeit ohne Registrierungsvermerk haben. Vgl. zu der Frage Reinach S. 45; Koschaker, Z. Sav. XXIX 3, 3; Mitteis, Grundz. 79ff.; Preisigke, Girowesen 421. — [3]) Koschaker, Z. Sav. XXIX 3 vertritt die erstere, Mitteis, Grundz. 79 die letztere Ansicht. — [4]) Hal. 1, 245ff.; Par. 65. Zu ersterer Urkunde vgl. Dikaiomata S. 145ff. Von der *ἀναγραφή* in der ägyptischen *χώρα* unterscheidet sich die a. O. erwähnte alexandrinische vor allem dadurch, daß sie nicht wie diese Rechtsgeschäfte aller Art, sondern nur Verträge bestimmten Inhalts, nämlich Grundstücksverkäufe betrifft: darin steht sie den Registern von Mykonos und Tenos ohne Frage näher als denen des eigenen Landes. Was das *εἰκονίζειν* in Par. 65 anlangt, so glaube ich, daß Mitteis (Grundz. 81) zuzustimmen ist (entgegen Preisigke, Girowesen 426, 1; Dikaiomata S. 150, 4): die Abschriften, welche die *εἰκονισταί* im *καταλογεῖον* nach Oxy. 34, I 15 herstellten, entsprachen doch sicher ebenso dem *παλαιὸν ἔθος* (I 8) wie die

uns bekannte *δημοσίωσις* der Kaiserzeit das kennzeichnende ist, die Einreichung einer urschriftlichen Ausfertigung zu amtlicher Verwahrung für jene Zeit nicht nachweisen. Die Unmöglichkeit einer solchen Verwahrung soll nicht behauptet werden, aber aus dem *ἀναγράφειν* allein kann man sie nicht mit Sicherheit erschließen.

Die *δημοσίωσις* in der uns allein bekannten oben geschilderten Gestalt setzt zwei Archive in Alexandrien, darunter die *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* voraus: sie kann also in dieser Weise erst seit Hadrians Regierung (117—138) bestanden haben. Sicher ist aber, daß *χειρόγραφα δεδημοσιωμένα* schon früher vorgekommen sind. So jedenfalls BGU. 50. Hier wird in einer Urkunde vom 25. Jan. 115 auf einen Kaufvertrag verwiesen, den der Aussteller mit dem Vater seiner Vertragsgenossin *κατὰ χειρόγραφον δεδημοσιωμέ[νον]* abgeschlossen hatte. Da schon der vorliegende Handschein der Zeit Traians angehört, muß auch der ältere Schein und dessen Verlautbarung in die Zeit dieses Kaisers oder noch früher fallen. Vermutlich kann man auch BGU. 455, ein Stück, das sich selbst als *χειρόγ(ραφον) δεδημοσιωμ(ένον)* bezeichnet, hierher zählen. Die Datierung ist nicht erhalten; der Herausgeber Krebs setzt die Urkunde (wahrscheinlich der Schrift wegen) in das 1. Jahrhundert und schlägt vor, in Z. 24 zu lesen *κ]υρίου Οὐε[σπασιανοῦ*. Nun ist allerdings, wenn die Ergänzung richtig ist, wegen der Lücken des Textes nicht ersichtlich, in welchem Zusammenhang der Kaiser erwähnt war, aber *κύριος* pflegt im regelmäßigen Sprachgebrauch nur der regierende Kaiser genannt zu werden, während der verstorbene *θεός* (divus) ist. So spricht viel dafür, daß die hier vorliegende Verlautbarung den Jahren 69—79 angehört. Außerdem läßt sich die Klausel, das *χειρόγραφον* solle gültig sein *ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον*, wie die oben (S. 112f.) mitgeteilte Liste zeigt, in fünf Fällen vor Hadrian nachweisen, deren ältester der Zeit des Augustus angehört. Es fragt sich, wie diese vorhadrianische *δημοσίωσις* zu verstehen ist.

Man könnte zunächst daran denken, daß die *χειρόγραφα*

Auszüge der *ἀπολογισταὶ γραμματεῖς*. Nur der Kürze halber ist oben bloß von den Auszügen die Rede.

ursprünglich am Orte ihrer Errichtung, also auch in der *χώρα*, bei irgendeinem *δημόσιον ἀρχεῖον*, etwa dem Archiv des Gaues, der *βιβλιοθήκη δημοσία*, später der *β. ἐγκτήσεων*, eingereicht und verlautbart worden seien[1]), bis dann unter Hadrian die *δημοσίωσις* unter Hinzufügung eines zweiten Archives ganz nach der Hauptstadt verlegt wurde. Für eine solche Vermutung möchte man sich auf die eben erwähnte Klausel *κύριον ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον* berufen. Denn es ist in hohem Grade auffällig, daß hier von einem Archiv im allgemeinen gesprochen wird; ein hauptstädtisches, etwa das *Ναναῖον*, müßte, so sollte man erwarten, in irgendeiner Weise als solches gekennzeichnet sein. Aber ausschlaggebend kann dies Bedenken nicht sein, denn gleichviel, wie die Klausel an und für sich (vgl. S. 117) und wie ihre Fassung zu erklären ist, so steht doch überhaupt die Voraussetzung einer ursprünglich örtlichen Verlautbarung[2]) auf schwachen Füßen, weil sie zur Annahme einer ohne Mitwirkung des Erzrichters möglichen *δημοσίωσις* führen und so dem Akt das, was in allen genauer bekannten Fällen für ihn charakteristisch ist, nehmen würde.

Sonach spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die *δημοσίωσις*, solange sie bestanden hat, in Alexandrien unter Vermittlung des *ἀρχιδικαστής* erfolgt ist.[3]) Aber auch so

---

[1]) Natürlich ist hier von der sich in ganz anderen Formen vollziehenden *ἐκμαρτύρησις* abzusehen. — [2]) Auch von einer Verwahrung der *χειρόγραφα* in öffentlichen Archiven des Landes erfahren wir nur bei der *ἐκμαρτύρησις* und auch bei dieser erst im III. Jahrhundert (s. unter III.). Der zerstörte Schluß von Oxy. 513 kann schwerlich als Vermerk über öffentliche Verwahrung oder Verlautbarung gedeutet werden. BGU. 989 betrifft eine Sechszeugenurkunde, deren (teilweise) Abschrift von einem sonst nicht bekannten *ἐπιτηρητὴς συναλλαγμάτων* beglaubigt ist. Mitteis (Chrest. II S. 152f.) nimmt an, sie sei in Verwahrung bei der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*, aber der Text sagt das nicht. Jedenfalls dürfte man nicht ohne weiteres von dem *ἐξαμάρτυρον* auf das *χειρόγραφον* schließen. — [3]) Das ist auch, obwohl die Frage noch nicht näher untersucht wurde, die allgemeine Annahme; vgl. Koschaker, Z. Sav. XXIX 4; Mitteis, Grundz. 82. Daß es schon unter Augustus in Alexandrien ein Archiv gab, das Urkunden aus ganz Ägypten aufnahm, zeigt (für demotische Verträge) Wessely, Spec. isag. 7 (8, 32 ff.); dazu Koschaker a. a. O. 19f. Dafür, daß der *ἀρχιδικαστής* schon vor Hadrian

bleiben noch zwei Möglichkeiten. Entweder gab es schon vor Hadrian zwei Archive für die Verlautbarung der Handscheine und das eine erhielt jetzt nur eine neue Stätte oder Umgestaltung. Oder die Verlautbarung erfolgte bisher nur bei dem *Ναναῖον*: die Neuerung hätte dann in der Schaffung einer zweiten, zur Kontrolle bestimmten Anstalt bestanden. Die letztere Meinung dürfte die richtige sein.[1])

II.

1. Neben der *δημοσίωσις* kennen die Papyrusurkunden noch eine andere Art der Verlautbarung, die *ἐκμαρτύρησις*[2]), die gelegentlich, wie schon bemerkt, auch unter jener allgemeinen Bezeichnung einbegriffen wird.[3])

---

um die *δημοσίωσις* angegangen wurde, kann man BGU. 455 anführen (vgl. S. 120). Indessen sind beide Vertragsteile Soldaten, die in Alexandrien in Garnison lagen: die Urkunde beweist also nichts für die in der *χώρα* aufgenommenen Handscheine, d. h. für die allgemeine Zuständigkeit des Erzrichters.

[1]) Die Art und Weise, wie der Statthalter in Oxy. 34 von der *β. Ἀδριανή* spricht, macht es wahrscheinlich, daß sie eine neue Einrichtung war. — [2]) Die *ἐκμαρτύρησις* ist in der neueren Literatur öfters erwähnt, aber noch nicht eingehend behandelt. Erst durch P. Oxy. 1208 sind wir so recht auf ihre Bedeutung aufmerksam geworden. Vgl. Koschaker, Z. Sav. XXIX 6f.; Mitteis, R. Privatr. I 310, 72. Grundz. 83, 2. Chrest. II 67 zu Z. 15, jetzt besonders Z. Sav. XXXIII 642f.; Eger, Grundb. 111; Lewald, Grundb. 35, 5; jetzt Z. Sav. XXXIII 634f.; Preisigke, Girowesen 295; Hunt, P. Oxy. IX S. 245f.; Partsch, Arch. f. Pap. V 463f.; Wenger, Krit. Vierteljahrsschrift L, 567; Meyer, P. Hamb. I S. 140, 1. Ein Zusammenhang unserer *ἐκμαρτύρησις* mit der des attischen Rechts (Thalheim in Wissowas R. E. V 2213f.; Partsch, Bürgschaftsrecht I 73; Dikaiomata S. 62) ist nicht ersichtlich. Noch viel weniger gehört hierher das *ἐκμαρτύριον* im Sinne von Zeugenprotokoll (testatio), das sich in byzantinischen Urkunden findet (BGU. 1094; Cairo (Masp.) 67087). — [3]) Das ist ohne weiteres klar, wenn wir, wie ich glaube, berechtigt sind, die *συνήθης δημοσίωσις* in Grenf. II 71, II 26 für einen der *ἐκμαρτύρησις* entsprechenden Akt anzusehen. Und ebenso wenn *ποιεῖσθαι — δημοσίαν πρᾶσιν* in CPR. 198, 11f. auf die *ἐκμαρτύρησις* bezogen werden darf. Über beides wird gleich zu handeln sein. Ferner ist auf Oxy. 1208 zu verweisen, wo der Verkäufer der Käuferin erklärt, daß er, wenn sie das *χειρόγραφον* verlautbaren wolle (*ἀποίσις διὰ δημ[οσίου]*), schon jetzt dieser künftigen *δημοσίωσις* zustimme (24f.): sie nimmt daraufhin die *ἐκμαρτύρησις* vor.

Nur zwei Urkunden haben wir, welche den Akt selbst darstellen:

Oxy. 95 (Chrest. II 267) vom J. 129 aus Oxyrynchos, Verkauf einer Sklavin. Es heißt (4 ff.): *Ὁμολογεῖ Ἀγαθὸς Δαίμων — [Γ]αίῳ [Ἰο]υλίῳ Γερμανῷ — ἐν ἀ[γυ]ιᾷ ἐκμαρτυρεῖσθαι δ[ι]ὰ τ[αύτης τῆς] ὁμολογίας ἣν πεποίηται ὁ ὁμολογῶν — τῷ Ἰουλίῳ Γερμανῷ — ἰδιόγραφον πρᾶσιν τῆς — δούλης Διοςκοροῦτος* — (Schluß abgebrochen).

Oxy. 1208 vom J. 291 aus Oxyrynchos, Verkauf eines Grundstückanteiles (2): *ἐπὶ Αὐρ[ηλί]ου Ἀγαθείνου — ἀσχολο[υμ]ένου ὠνὴν ἀγορανομίου καὶ μνημονίου.* (3 f.): *Ὁμ[ολο]γεῖ Αὐρηλία Θερ[μο]ύθιον — ἐν [ἀ]γυιᾷ ἐκμαρτυρεῖσθαι — ἣν προέ[θε]το αὐτῇ Αὐρήλιος Θώ[νιο]ς — ἰδιόγραφον πρᾶσιν — ⟨οὗ⟩ ἐστιν ἀντίγραφον* — folgt Abschrift des Handscheines — Unterschrift. (30): *Αὐ[ρ]ηλία Θερμούθι⟨ον⟩ — πεποίημαι τὴν ἐ[κμ]αρτύρησιν* —. (32): *Αὐρήλιος Ἀγαθῖνος — κεχ[ρ]ημά(τικα).*

Außerdem finden sich Erwähnungen der *ἐκμαρτύρησις* in:

BGU. 1155, 15 f. (Chrest. II 67) aus Alexandrien, 10 v. C. Apollonios fordert von einer Freigelassenen und einem Sohne des Protarchos, offenbar dessen Erben, die Rückzahlung eines Gelddarlehns: *(δραχμὰς) — ἅσπερ ὀφίλεσθαι αὐτῷ ἔγραψεν ὑπὸ τοῦ μετηλλαχότος — Πρωτάρχου — ἀφ' οὗ προίκατο οὗτος πιττακίου μεμαρτυρημένου δὲ δι' ὧν ἀνήνενκεν ὁ Πρώταρχος συνχωρήσεων* —.

BGU. 619, 16 aus dem arsinoitischen Gau. In einer verwaltungsrechtlichen Angelegenheit wird über den Erwerb eines Grundstückes unter der Regierung Hadrians (117—138) folgendermaßen berichtet: *Ἰσιδώραν — καὶ — Δ[ιο]νυσίαν ἐωνῆσθαι παρὰ — Δείου — [κα]τὰ χειρόγρ(αφον) τὸ καὶ ἐ[κμε]μαρτυρημένον*[1]) *διὰ δημοσίας ὁμολογίας* —.

Oxy. 1199, 19 aus Oxyrynchos, 3. Jahrhundert. In einer Eingabe an die *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων* berichtet die Gesuchstellerin: *Ἐώνημει κατ' ἰδιόγραφον πρᾶσιν — παρὰ Αὐρηλίας Θεωνίδος — τὴν ὑπάρχουσαν αὐτῇ — οἰκίας* (l. *οἰκίαν*) —. *Ἧς ἐκμαρτυρηθείσης ὑπ' ἐμοῦ διὰ τοῦ — μνημονίου* — (folgt der Antrag).

---

[1]) Ergänzung von Eger, Grundb. 95, 8.

Vielleicht handelt es sich auch noch in anderen Urkunden um eine *ἐκμαρτύρησις*, wenn auch der Ausdruck nicht gebraucht wird.

Am ersten wird man CPR. 198 (aus dem arsinoitischen Gau, vielleicht vom Jahre 138[1])) hierherzählen dürfen. Die Verkäuferin[2]) überträgt ihren Hausanteil durch eigenhändigen[3]) Handschein an ihren Bruder und verpflichtet sich (11 f.): *ὁπότε, ἠάν μοι συτάσι*[4]), *ποιήσομε ισε* (= *εἰς σὲ*) *τὴ[ν κατὰ*[5])*] τ[ό]δε* ⟨*τὸ*⟩ *χιρόγ[ρα]φον δημοσίαν πρᾶσιν καὶ* ⟨*τὰ*⟩[6]) *διὰ τῆς βιβλιοθήκης*. Daß hier keine *δημοσίωσις* in den alexandrinischen Archiven beabsichtigt war, geht daraus hervor, daß die Verkäuferin die Verlautbarung vorzunehmen verspricht: jene müßte durch den Käufer betrieben werden.

Möglicherweise ist CPR. 192, 10 ebenso aufzufassen; aber genaueres ist bei der Verstümmelung der Urkunde nicht zu erkennen.

Viel fraglicher ist es, ob in Oxy. 241 (um 98 n. C.) eine *ἐκμαρτύρησις* gemeint ist. Hier ergeht von einer Behörde, wahrscheinlich den Pächtern der Vertragssteuer, die Ermächtigung an den Agoranomen[7]), eine (öffentliche) Notariatsurkunde über ein hypothekarisch gesichertes Darlehn aufzunehmen, über welches bereits ein *χειρόγραφον* vorlag.

---

[1]) Wessely setzt die Urkunde in das Jahr 139. Das ist jedenfalls ein Versehen. Denn wenn in Z. 4 der Name Hadrians (gestorben 10. Juli 138) richtig ergänzt ist, so würde der 3. Mecheir seines 22. Jahres der 28. Jan. 138 sein. Aber die Lücke läßt auch andere Kaisernamen zu. — [2]) Eine Mehrheit von Verkäufern ist nicht mit Wessely anzunehmen (vgl. den Singular in Z. 15. 11. 6. 5. 3. 2). Das Femininum *παροῦσα* (6f.) deutet auf eine Verkäuferin, vielleicht Aphroditūs (15), die *μήτηρ ἡμῶν* ([13f.]. 2) ist als Mutter beider Vertragsteile anzusehen. Die Schwester verkauft ihren Grundstücksanteil ihrem Bruder: dabei bedingen beide ein lebenslängliches Nutzungsrecht für ihre gemeinsame Mutter aus. — [3]) Vgl. Z. 6f., wo m. E. zu ergänzen ist: *παρ[ο]ῦσα δ' ἔγρ[αψ]α τὰ προκεί[με]να πά[ντα* —; vgl. Z. 3. — [4]) Wessely denkt an *ζητήσεις*. Ich würde eher annehmen, daß *συντάξεις* dahintersteckt. — [5]) So Mitteis, Grundz. 83, 2. — [6]) Daß *τὰ* (= die durch die *βιβλ. ἐγκτ.* vorzunehmenden Akte) ausgefallen ist, muß m. E. nicht nur wegen des vorhergehenden *καὶ* angenommen werden, sondern auch darum, weil die *δημοσίωσις* nicht durch die genannte Behörde erfolgen konnte. — [7]) Vgl. dazu Mitteis, Grundz. 82, 2. Chrest. II 182 Einl. (S. 194f.) mit Literaturangaben.

Es wäre aber voreilig, wollte man überall, wo eine vorbereitende Privaturkunde nachweisbar ist, annehmen, ihre Überführung in eine öffentliche Urkunde müßte notwendig durch *ἐκμαρτύρησις* erfolgt sein: mehr als die Möglichkeit dieses Weges wird man nicht behaupten können.[1,2])

Den bisher besprochenen Urkunden sind als besondere Gruppe noch Grenf. II 68—71 zur Seite zu stellen[3]), in denen ebenfalls der Ausdruck *ἐκμαρτυρεῖν* nicht vorkommt, die aber doch den gleichen Vorgang wie jene enthalten. Sie stammen aus Hibitopolis in der großen Oase und gehören dem 3. Jahrhundert an.

In Grenf. II 70 (Chrest. II 191) vom J. 287[4]) wird ein ebendort Nr. 68 für sich erhaltenes *χειρόγραφον* dem öffentlichen Notar (*χρηματιστής*) in seinem Amtslokal (*ἐκτὸς τῶν προαστίων*) vorgelegt (*ἀναφέρειν* Z. 4. 21) und wörtlich in

[1]) Gar nicht hierher gehört BGU. 50 (Chrest. II 205). Denn abgesehen davon, daß hier schon ein *χειρόγραφον δεδημοσιώμενον* vorliegt, soll der Handschein überhaupt nicht in eine öffentliche Urkunde umgewandelt werden, sondern es soll die *καταγραφή* des Grundstückes durch selbständige *δημόσιοι χρηματισμοί* erfolgen. — [2]) Liegt in Hamb. 2 eine *ἐκμαρτύρησις* vor? Man könnte daran denken, daß hier in die agoranomische Urkunde ähnlich wie in Oxy. 1208 ein *χειρόγραφον* wörtlich aufgenommen und daß in Z. 8 *χαίρειν* ausgefallen sei. Aber allen uns bekannten *ἐκμαρτυρήσεις* ist gemeinsam, daß im Text der öffentlichen Urkunde eine Bestätigung des *χειρόγραφον* erfolgt, wovon ja der Akt benannt ist. Da diese hier fehlt, so glaube ich, daß dem Herausgeber Meyer zuzustimmen und die eigenartige Form als eine Besonderheit der agoranomischen Protokolle von Heliopolis anzusehen ist. — Neuerdings hat Partsch (Arch. f. Pap. V 467 f., 1) Soc. Ital. 74 für die *ἐκμαρτύρησις* in Anspruch genommen. Mir ist diese Deutung sehr zweifelhaft, jedenfalls ist sie nicht notwendig. Denn in BGU. 825, 10 muß man, wenn sich auch diese Ergänzung in Preisigkes Berichtigungsliste nicht findet, doch wohl sicher nach Maßgabe von Oxy. 1200, 53 lesen: *Ταύτην δὲ β[ο]υλόμεν⟨ο⟩ς προ[ς]φωνηθῆναι τοῖς — βιβλιοφύλαξι ἀξ]ιῶ] κτλ.* Die *προσφώνησις* kam also auch bei öffentlich errichteten Urkunden vor, denn hier ist bei *ταύτην* hinzuzudenken *συγχώρησιν*. Und darum braucht auch in Soc. Ital. 74 kein verlautbartes *χειρόγραφον*, sondern kann eine, von irgendeinem Notariat aufgenommene *ὁμολογία* zur *προσφώνησις*, gebracht sein. Mir scheint diese Annahme näher zu liegen. — [3]) Das ist neuerdings schon von Lewald, Z. Sav. XXXIII 634 und Mitteis, ebenda 642 geschehen. — [4]) Vgl. Meyer, Herm. XXXIII 269, 1; anerkannt von Hunt, Oxy. IX S. 227, 1.

Vielleicht handelt es sich auch noch in anderen Urkunden um eine *ἐκμαρτύρησις*, wenn auch der Ausdruck nicht gebraucht wird.

Am ersten wird man CPR. 198 (aus dem arsinoitischen Gau, vielleicht vom Jahre 138[1])) hierherzählen dürfen. Die Verkäuferin[2]) überträgt ihren Hausanteil durch eigenhändigen[3]) Handschein an ihren Bruder und verpflichtet sich (11 f.): *ὁπότε, ἠάν μοι συτάσι*[4]), *ποιήσομε ισε* (= *εἰς σὲ*) *τὴ[ν κατὰ*[5])*] τ[ό]δε* ⟨*τὸ*⟩ *χιρόγ[ρα]φον δημοσίαν πρᾶσιν καὶ* ⟨*τὰ*⟩[6]) *διὰ τῆς βιβλιοθήκης*. Daß hier keine *δημοσίωσις* in den alexandrinischen Archiven beabsichtigt war, geht daraus hervor, daß die Verkäuferin die Verlautbarung vorzunehmen verspricht: jene müßte durch den Käufer betrieben werden.

Möglicherweise ist CPR. 192, 10 ebenso aufzufassen; aber genaueres ist bei der Verstümmelung der Urkunde nicht zu erkennen.

Viel fraglicher ist es, ob in Oxy. 241 (um 98 n. C.) eine *ἐκμαρτύρησις* gemeint ist. Hier ergeht von einer Behörde, wahrscheinlich den Pächtern der Vertragssteuer, die Ermächtigung an den Agoranomen[7]), eine (öffentliche) Notariatsurkunde über ein hypothekarisch gesichertes Darlehn aufzunehmen, über welches bereits ein *χειρόγραφον* vorlag.

---

[1]) Wessely setzt die Urkunde in das Jahr 139. Das ist jedenfalls ein Versehen. Denn wenn in Z. 4 der Name Hadrians (gestorben 10. Juli 138) richtig ergänzt ist, so würde der 3. Mecheir seines 22. Jahres der 28. Jan. 138 sein. Aber die Lücke läßt auch andere Kaisernamen zu. — [2]) Eine Mehrheit von Verkäufern ist nicht mit Wessely anzunehmen (vgl. den Singular in Z. 15. 11. 6. 5. 3. 2). Das Femininum *παροῦσα* (6f.) deutet auf eine Verkäuferin, vielleicht Aphroditûs (15), die *μήτηρ ἡμῶν* ([13f.]. 2) ist als Mutter beider Vertragsteile anzusehen. Die Schwester verkauft ihren Grundstücksanteil ihrem Bruder: dabei bedingen beide ein lebenslängliches Nutzungsrecht für ihre gemeinsame Mutter aus. — [3]) Vgl. Z. 6f., wo m. E. zu ergänzen ist: *παρ[ο]ῦσα δ' ἔγρ[αψα τὰ προκείμε]να πά[ντα* —; vgl. Z. 3. — [4]) Wessely denkt an *ζητήσεις*. Ich würde eher annehmen, daß *συντάξεις* dahintersteckt. — [5]) So Mitteis, Grundz. 83, 2. — [6]) Daß *τὰ* (= die durch die *βιβλ. ἐγκτ.* vorzunehmenden Akte) ausgefallen ist, muß m. E. nicht nur wegen des vorhergehenden *καὶ* angenommen werden, sondern auch darum, weil die *δημοσίωσις* nicht durch die genannte Behörde erfolgen konnte. — [7]) Vgl. dazu Mitteis, Grundz. 82, 2. Chrest. II 182 Einl. (S. 194f.) mit Literaturangaben.

Es wäre aber voreilig, wollte man überall, wo eine vorbereitende Privaturkunde nachweisbar ist, annehmen, ihre Überführung in eine öffentliche Urkunde müßte notwendig durch *ἐκμαρτύρησις* erfolgt sein: mehr als die Möglichkeit dieses Weges wird man nicht behaupten können.[1, 2])

Den bisher besprochenen Urkunden sind als besondere Gruppe noch Grenf. II 68—71 zur Seite zu stellen[3]), in denen ebenfalls der Ausdruck *ἐκμαρτυρεῖν* nicht vorkommt, die aber doch den gleichen Vorgang wie jene enthalten. Sie stammen aus Hibitopolis in der großen Oase und gehören dem 3. Jahrhundert an.

In Grenf. II 70 (Chrest. II 191) vom J. 287[4]) wird ein ebendort Nr. 68 für sich erhaltenes *χειρόγραφον* dem öffentlichen Notar (*χρηματιστής*) in seinem Amtslokal (*ἐκτὸς τῶν προαστίων*) vorgelegt (*ἀναφέρειν* Z. 4. 21) und wörtlich in

---

[1]) Gar nicht hierher gehört BGU. 50 (Chrest. II 205). Denn abgesehen davon, daß hier schon ein *χειρόγραφον δεδημοσιώμενον* vorliegt, soll der Handschein überhaupt nicht in eine öffentliche Urkunde umgewandelt werden, sondern es soll die *καταγραφή* des Grundstückes durch selbständige *δημόσιοι χρηματισμοί* erfolgen. — [2]) Liegt in Hamb. 2 eine *ἐκμαρτύρησις* vor? Man könnte daran denken, daß hier in die agoranomische Urkunde ähnlich wie in Oxy. 1208 ein *χειρόγραφον* wörtlich aufgenommen und daß in Z. 8 *χαίρειν* ausgefallen sei. Aber allen uns bekannten *ἐκμαρτυρήσεις* ist gemeinsam, daß im Text der öffentlichen Urkunde eine Bestätigung des *χειρόγραφον* erfolgt, wovon ja der Akt benannt ist. Da diese hier fehlt, so glaube ich, daß dem Herausgeber Meyer zuzustimmen und die eigenartige Form als eine Besonderheit der agoranomischen Protokolle von Heliopolis anzusehen ist. — Neuerdings hat Partsch (Arch. f. Pap. V 467 f., 1) Soc. Ital. 74 für die *ἐκμαρτύρησις* in Anspruch genommen. Mir ist diese Deutung sehr zweifelhaft, jedenfalls ist sie nicht notwendig. Denn in BGU. 825, 10 muß man, wenn sich auch diese Ergänzung in Preisigkes Berichtigungsliste nicht findet, doch wohl sicher nach Maßgabe von Oxy. 1200, 53 lesen: *Ταύτην δὲ β[ο]υλόμεν(ο)ς πρ[ος]φωνηθῆναι τοῖς — βιβλιοφύλαξι ἀξ]ιῶ] κτλ.* Die *προσφώνησις* kam also auch bei öffentlich errichteten Urkunden vor, denn hier ist bei *ταύτην* hinzuzudenken *συγχώρησιν*. Und darum braucht auch in Soc. Ital. 74 kein verlautbartes *χειρόγραφον*, sondern kann eine, von irgendeinem Notariat aufgenommene *ὁμολογία* zur *προσφώνησις*, gebracht sein. Mir scheint diese Annahme näher zu liegen. — [3]) Das ist neuerdings schon von Lewald, Z. Sav. XXXIII 634 und Mitteis, ebenda 642 geschehen. — [4]) Vgl. Meyer, Herm. XXXIII 269, 1; anerkannt von Hunt, Oxy. IX S. 227, 1.

eine öffentliche Urkunde aufgenommen, die es nunmehr „vorstellt, repräsentiert“ und darum als *συστατικὸς χρηματισμός* bezeichnet wird (Z. 4).[1])

Offenbar in demselben Sinne wird in der Darlehnsquittung Grenf. II 69 (vom J. 265) eines *συστατικὸς δημόσιος χρηματισμός* gedacht (Z. 20). Wäre damit lediglich ein öffentlicher Notariatsakt gemeint, so würde die Bezeichnung als *δημόσιος* ausreichen: die Hinzufügung von *συστατικός* zeigt, daß es sich um eine besondere Art der öffentlichen Urkunden handelt, und das wird eben die sein, welche in Grenf. II 70 die gleiche Benennung trägt.[2])

Größere Schwierigkeiten macht Grenf. II 71 (Chrest. II 190) aus der Zeit der Philippi (244—248).[3]) Als Ganzes ist das Stück eine öffentliche Notariatsurkunde. In ihr erteilen zwei Brüder, Petosiris und Petechon, einem gewissen Marianos die Vollmacht, sie vor dem Erzrichter in Alexandrien zu vertreten und dort ein *χειρόγραφον,* in dem ihr Vater Petechon ihnen eine Vermögensschenkung zugewandt hat, zur *δημοσίωσις* zu bringen (I 6. II 25; vgl. oben S. 109). Dieser Handschein ist abschriftlich in die Notariatsurkunde aufge-

---

[1]) Dasselbe meint wohl Mitteis, Chrest. II zu 190, 32 „eine Urkunde, die ein bereits vorhandenes *χειρόγραφον* bekräftigt“. Über *συνιστάναι* in der auch hier maßgebenden Bedeutung „vorstellen“ vgl. Partsch, Arch. f. Pap. IV 499f. — [2]) Ob das *χειρόγραφον*, das durch den *συστατικὸς δημόσιος χρηματισμός* bekräftigt wird, der zwei Jahre vorher über die Begründung der jetzt getilgten Forderung aufgenommene in Z. 15 erwähnte Schuldschein ist, bleibt bei der sehr unklaren Ausdrucksweise der Urkunde zweifelhaft. Jedenfalls darf man die Worte (19f.) *συνεπιρέοντος ἀκολούθως τῷ γεγραμμένῳ συστατικῷ κτλ.* nicht voneinander trennen, dann aber bezieht sich dieser *σ. δ. χρηματισμός* auf die Berechtigung des Tmarsis und Psenpnuthes an dem *ὕδρευμα* und ob diese in derselben Urkunde, wie das hypothekarische Darlehn zwischen Polydeukes und Apollonios (Z. 15) geregelt war, ist ungewiß. Verschiedene Urkunden nehmen an Grenfell-Hunt (Einl. S. 106) und ihnen folgend Wenger (Stellv. 204f.), während Mitteis (Chrest. II zu 190, 32) den *σ. δ. χρηματισμός* auf das *χειρόγραφον* in Z. 15 bezieht. — [3]) Vgl. zu dieser Urkunde, außer der Einleitung und den Noten der Herausgeber und von Mitteis zu Chrest. II 190, noch Wenger, Stellvertretung 106ff. Zum Wohn- und Wirtschaftsrecht (Festg. f. Bekker) S. A. 11f.; Rabel, Elterl. Teilung (Baseler Festg.) 535f.; Koschaker, Z. Sav. XXIX 4f.; Croenert, Stud. Pal. IV 88.

nommen (I 8—II 24). Das letztere könnte ja lediglich den Zweck haben, den Vertreter ausreichend für Alexandrien zu legitimieren und ihm insbesondere den Ausweis zu geben, daß die Urkunde, die er einreichte, auch wirklich die war, deren Verlautbarung ihm aufgetragen war. Indessen ist doch folgendes zu erwägen. Außer der Vollmacht bedurfte es, wie wir sahen, eines Gesuches (*ὑπόμνημα*) an den Erzrichter, welches ebenfalls eine Abschrift des Handscheines in sich schloß. Wenn diese Form der Eingabe, wie es doch anzunehmen ist, die allgemeine, also auch für Hibitopolis maßgebend war, so erscheint es als überflüssig, daß man den Wortlaut des *χειρόγραφον* auch noch in die Vollmachturkunde aufnahm. Auf den richtigen Weg möchte folgende Betrachtung führen. Die wörtliche Einfügung des *χειρόγραφον* findet sich auch in der vorher behandelten, als *συστατικὸς* (*δημόσιος*) *χρηματισμός* bezeichneten Urkunde, und, was besonders wichtig ist, die gleiche Benennung wird auch für unsere Urkunde gebraucht (II 32f.).[1]) Sie muß also hier ebenso wie dort eine öffentliche Urkunde, die eine Privaturkunde in sich aufnimmt, bedeuten. Trotzdem möchte man vielleicht Bedenken tragen, in beiden Fällen ein gleiches Verhältnis anzunehmen, wenn es in Grenf. II 71 an einer ausdrücklichen Angabe fehlte, daß das *χειρόγραφον* dem Ortsnotariat vorgelegt wurde, wie sie in Grenf. II 70, 4. 21 enthalten ist. Von einem *ἀναφέρειν* ist hier allerdings keine Rede, aber doch ist eine Stelle unserer Urkunde (II 25ff.) schon öfters in dem angegebenen Sinne aufgefaßt worden.[2]) Nach dem Text des *χειρόγραφον* folgt nämlich eine Erklärung des Bevollmächtigten, daß ihm die Brüder die Urschrift der nach Alexandrien zu bringenden Urkunde übergeben haben und daß ihm Reisegeld und Gebühren (?) eingehändigt wurden. Dazwischen sind die Worte eingefügt (26): *δημοσιώσας*

---

[1]) Wenn diese Zeilen auch arg zerstört sind, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die Erklärung des Asios (dessen Verhältnis zu den Parteien nicht bekannt ist *ε[ὐ]δοκῶ τῷδ[ε τῷ]δε συσ[τ]ατικῷ αὐ[τῶν δ]ημοσίῳ*, womit doch wohl, wenn auch durch mehrere unleserliche Worte getrennt, *χ]ρημ[ατισμῷ* zu verbinden ist, sich auf die gegenwärtige öffentliche Urkunde bezieht. — [2]) Widerspruch ist nicht ausgeblieben; vgl. die S. 126, 3 angeführte Literatur.

ἐνόπιν αὐτοῖς τὴν συνήθη δημοσίωσιν. Wenn man, wie ich glaube, in dieser *συνήθης δημοσίωσις* den Akt sehen darf, welcher die vorliegende Notariatsurkunde zum *συστατικὸς χρηματισμός* macht, so bestätigen die angeführten Worte, was der äußere Schein ergab. Der Bevollmächtigte erklärte also vor dem Notar, daß er das *χειρόγραφον* zur Verlautbarung in Alexandrien übernehme, es aber zugleich auch vor ihm selbst an Ort und Stelle verlautbare. Freilich bleibt es, wenn der Text in Ordnung ist[1]), eine ungelöste Frage, warum die *δημοσίωσις* vor dem Ortsnotar nicht von den Ausstellern der Urkunde, sondern in ihrer Gegenwart von ihrem Vertreter vorgenommen wurde.[2]) Aber gleichviel wer die *συνήθης δημοσίωσις* — denn an diesen Worten darf auf keinen Fall gerüttelt werden — vollzog, wichtiger ist, daß sie überhaupt erwähnt und als ordentliche Verlautbarung der außerordentlichen vor dem Erzrichter gegenübergestellt wird.

Nach den vorstehenden Darlegungen, glaube ich, sind wir berechtigt, in der *ἐκμαρτύρησις* und der Errichtung eines *συστατικὸς χρηματισμός,* mögen auch vielleicht Einzelheiten verschieden gewesen sein, denselben rechtlichen Vorgang zu erblicken. Daß ersterer Ausdruck in der großen Oase nicht angewandt wurde, ist in einer so entlegenen Gegend, deren Urkunden ja auch sonst mancherlei Besonderheiten aufweisen[3]), kaum befremdend.

Zum Schlusse soll noch auf BGU. 260 (Chrest. II 137) aus dem arsinoitischen Gau vom J. 90 hingewiesen werden. Hier

[1]) Sollte der Text verdorben sein (Croenert, Koschaker), so könnte der Fehler doch höchstens in dem Verbum stecken: *δημοσιοῦν δημοσίωσιν* „eine Verlautbarung verlautbaren" ist allerdings auffallend. Aber die Worte und das Satzgefüge erscheinen mehr ungeschickt als fehlerhaft. Jeder Kenner unserer heutigen Gerichts- oder Notariatsakten weiß, was in dieser Hinsicht vorkommen kann. — [2]) Darauf hat mit Recht Koschaker, Z. Sav. XXIX 5 hingewiesen. — [3]) Dahin gehören die zwei Zeugen beim *χειρόγραφον* (Grenf. II 68, 21 f. 70, 18 f. 71, II 23 f.) und bei der öffentlichen Urkunde (69, 42 ff.); ferner der in öffentlichen (69, 33. 71, II 29) wie in Privaturkunden (68, 16. 70, 15. 71, II 17) begegnende Vergleicher, wohl eine Person, die durch Verlesen (*παραναγνοὺς*) die Übereinstimmung des aufgenommenen Textes mit dem Willen der Parteien feststellte.

quittiert ein Gläubiger über den Empfang einer Summe und erklärt sich bereit, jederzeit auf Verlangen des Schuldners ihm eine *ἐξαμάρτυρος ἀποχή* über die erfolgte Zahlung auszustellen.[1]) Das war zwar keine öffentliche Notariatsurkunde, aber offenbar sollte auch ein solches Instrumentum quasi publicum den gleichen Zweck wie jene erfüllen: dem Empfänger größere Sicherheit zu geben, als sie ihm der bloße Handschein bieten konnte. Es ist nicht unmöglich, daß auch dafür der Ausdruck *ἐκμαρτυρεῖν* verwendet wurde. Im folgenden muß aber von diesem Falle, da wir nichts Näheres über ihn wissen, abgesehen werden.

2. Die *ἐκμαρτύρησις* konnte, wie es scheint, vor jedem öffentlichen Urkundsamt in der Hauptstadt wie auf dem Lande vorgenommen werden: nachweisbar vor den alexandrinischen Gerichtsbehörden, vor dem *ἀγορανόμιον* und *μνημονεῖον*, aber gewiß auch vor dem *γραφεῖον* und anderen Hilfsämtern der Agoranomien; in Hibitopolis wurde der *συστατικὸς χρηματισμός* von dem dort als *χρηματιστής* bezeichneten öffentlichen Notar aufgesetzt.[2]) Die Errichtung geschah in der Weise, daß die Partei[3]) in einer öffentlichen Urkunde, wie sie bei den genannten Stellen üblich war (*συγχώρησις*, *ὁμολογία*), erklärte, daß sie durch diese die Privaturkunde[4]) erhärte, bestätige — das bedeutet *ἐκμαρτυρεῖσθαι* (Oxy. 95, 8. 1208, 4) — oder daß sie sie bei dem Notariat einbringe (*ἀναφέρειν*: Grenf. II 70, 4. 21). Dabei wurde entweder nur der Inhalt oder es wurde der vollständige Wortlaut des *χειρόγραφον* in der öffentlichen Urkunde wiedergegeben. Für das erstere haben wir ein Beispiel in Oxy. 95. Hier werden zunächst die Hauptpunkte der Vereinbarung über den Sklavenkauf aus der *ἰδιόγραφος πρᾶσις* wiederholt (13ff.), dann aber wird betreffs der Gewährleistung auf diese verwiesen (33f.). Auch die darauffolgenden Bestimmungen betreffen die Privaturkunde, doch ist ihr Inhalt, da hier die

---

[1]) Vgl. über die Sechszeugenurkunde oben S. 114, über das Rechtsverhältnis in BGU. 260 Berger, Z. f. vergl. RW. XXIX 337f. — [2]) Belege kann man aus der obigen Aufzählung entnehmen (S. 123ff.). — [3]) Welche Partei die *ἐκμαρτύρησις* vornimmt, wird unten (III) darzulegen sein. — [4]) In der Regel handelt es sich um ein *χειρόγραφον*; in BGU. 1155, 15 wird die Privaturkunde als *πιττάκιον* bezeichnet: s. darüber oben S. 114, 4.

Urkunde abbricht, nicht erkennbar (34ff.). Ebenso wie in Oxy. 95 dürfte es sich bei den *ἐκμαρτύρησεις* verhalten haben, deren in BGU. 1155, 15ff. und 619, 14ff. gedacht wird: die Art und Weise der Anführung läßt deutlich erkennen, daß die Privaturkunde auch nach der Errichtung der *συγχώρησις* und *ὁμολογία* noch für den Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgebend blieb. Die andere Methode findet sich in Oxy. 1208, 5—29, wahrscheinlich auch in dem in Oxy. 1199, 19ff. erwähnten Akt, ferner in Grenf. II 70, 5—19 und 71, I 7—II 24: hier ist eine vollständige Abschrift des Handscheines in die öffentliche Urkunde eingefügt. In keinem Falle wurde das *χειρόγραφον* aufgehoben und durch den *δημόσιος χρηματισμός* ersetzt, sondern es blieb neben ihm in Kraft: seine Bestimmungen wurden als von diesem bestätigt und in ihn übernommen angesehen.[1])

3. Durch Oxy. 1208 haben wir neuerdings auch von einer öffentlichen Verwahrung der *χειρόγραφα*, ähnlich der von der alexandrinischen *δημοσίωσις* her bekannten, erfahren. In dem agoranomischen Protokoll, welches die *ἐκμαρτύρησις* enthält, wird von der Käuferin gesagt (5): *ἧς* (d. i. *ἰδιογράφου πράσεως*) *μοναχὸν αὐθ[ε]ντικὸν ἐπήνεγκεν [ἡ ὁ]μολογοῦσα τῷ πρὸ[ς τ]ῷ μνημονίῳ συνκαταχωρισθησόμενον εἰ[ς] τὸ ἐπὶ τόπων βιβλιοφυλάκιον*. Also die Käuferin übermittelt eine der drei (Z. 24) Ausfertigungen des Handscheines dem Verwalter des *μνημονεῖον*, damit sie zusammen mit der notariellen Urkunde von jenem Beamten dem *βιβλιοφυλάκιον* eingereicht werde. In dem mitgeteilten Texte ist vor allem das Wort *συγκαταχωρίζειν* bezeichnend. Es erscheint als technischer Ausdruck regelmäßig in den Gesuchen um *δημοσίωσις* in den alexandrinischen Archiven (BGU. 578, 19; Leipz. 10, II 25; Oxy. 719, 34. 1200, 48). Wie dort das *χειρόγραφον* zusammen mit dem *ὑπόμνημα*, mittelst dessen der Gläubiger den Erzrichter angeht, in die hadrianische Bibliothek aufgenommen wird, so soll es auch in unserem Falle urschriftlich, zugleich mit der öffentlichen, die *ἐκμαρτύρησις*

---

[1]) Die *ἐκμαρτύρησις* ist also nicht mit der römischen Novation gleichzusetzen. Näher steht sie dem Constitutum debiti, auf das Mitteis (Chrest. II zu 190, 32) für den *συστατικὸς χρηματισμός* hinweist.

enthaltenden Urkunde dem Archive zugehen.[1]) Dieses Archiv (βιβλιοφυλάκιον) ist — darüber kann kaum ein Zweifel bestehen — die bekannte βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων[2]). Sie wird als ἐπὶ τόπων befindlich bezeichnet. Dieser nicht selten begegnende Ausdruck[3]) bedeutet im allgemeinen „an Ort und Stelle“[4]), meist aber bekommt er durch den Gegensatz, in dem er zu einem anderen Orte erwähnt wird, den bestimmteren Wert von „außerhalb dieses Ortes“ und, wenn dies ein größerer Ort, z. B. die Metropole eines Gaues ist, den Sinn von „auswärts, auf dem Lande“.[5]) Namentlich aber wird er im Gegensatz zu Alexandrien im Sinne von „in der χώρα befindlich“ verwendet.[6]) Nun ist klar, daß hier ein

[1]) Ich sehe keinen Grund, mit Hunt (zu Oxy. 1208, 5) hier ein ὑπόμνημα oder eine ähnliche Urkunde, mit welcher zusammen das χειρόγραφον eingereicht sei, zu unterstellen. Von dieser Ansicht aus läuft man Gefahr, den καταχωρισμός als einen selbständigen Akt gegenüber der ἐκμαρτύρησις aufzufassen. Hunt selbst meint (S. 246): the possibility remains, that the registration and the ἐκμαρτύρησις were parts or stages of the same process. Das scheint mir das allein Richtige. Über die Frage, ob die öffentlichen Urkunden der βιβλ. ἐγκτήσεων in Urschrift einzureichen waren, entscheidet Oxy. 1208 nichts, denn das agoranomische Protokoll erscheint hier sozusagen als Mantel für das χειρόγραφον, um dessen Aufnahme es sich handelt. Auf die Ansichten von Preisigke (Girowesen 282ff. und Klio XII 418ff.) kann hier nicht eingegangen werden, doch mag darauf hingewiesen werden, daß dieser Forscher (Girowesen 288f. 474 und Klio XII 418. 447) gerade die Verwahrung der χειρόγραφα in der β. ἐγκτήσεων in Abrede stellt: vgl. unten S. 133, 1. — [2]) So auch Hunt S. 246. Die βιβλιοθήκη δημοσία oder δημοσίων λόγων kommt nach allem, was wir wissen, jedenfalls zur Zeit unserer ἐκμαρτύρησις für rechtsgeschäftliche Urkunden nicht in Betracht. Gab es noch andere βιβλιοφυλάκια? Sehr fraglich ist, ob in BGU. 388, II 33. III 10 und CPR. 18, 41 der dort erwähnte βιβλιοφύλαξ ein Beamter unseres Archives ist: in ersterer Stelle handelt es sich um römische ταβέλλαι, in letzterer um Prozeßprotokolle, für welche besondere Verwahrungsstellen bestanden haben können. — [3]) Meist ἐπὶ (τῶν) τόπων oder entsprechend ἐπὶ (τοὺς) τόπους. Vgl. dazu Gradenwitz, Einf. 45f., 2; Mitteis, Z. Sav. XXVII 344, 2 und Grundz. 94, 1; Eger, Grundb. 14, 3. — [4]) So BGU. 616, 6; Eleph. 9, 2; Grenf. I 40, 5. 8; Magd. 11, 9. 10 (vgl. 14); Teb. 24, 60. — [5]) So Hal. 8, 5; Hamb. 25, 6; BGU. 245, II 9; 1123, 7; Lond. III 165f. (Nr. 1164i, 17); vgl. auch Lond. II 149 (Nr. 276, 9); Oxy. 486, 16 (Gegensatz der Gerichtsort). — [6]) So BGU. 614, 20; 888, 21. 908, 30. 981, 10. 1038, 26; 1190, 9 (vgl. 6f.); Flor. 36, 3. 15; Lond. II 152f. (Nr. 196, 10 vgl. 12); Magd. 1, 5; Oxy. 286, 21. 485, 31. 899, 47. 1101, 20 [26].

Archiv in den Dörfern des Gaues nicht gemeint sein kann, weil die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* sich stets in der Metropole befand[1]; vollends ist an kein Archiv außerhalb des Gaues zu denken. So bleibt nur übrig, unter *ἐπὶ τόπων* einen Ort in Ägypten außerhalb Alexandriens, hier also Oxyrynchos zu verstehen. Die Käuferin hebt also deutlich hervor, daß sie ihr *χειρόγραφον* nicht in den Zentralarchiven der Hauptstadt, sondern im Ortsarchiv verwahrt wissen will.

Außerdem kann man für die Einreichung des, der örtlichen Verlautbarung zugrunde liegenden, *χειρόγραφον* wohl auch auf Grenf. II 70 verweisen. Es heißt (Z. 4): *[Ὁμολογεῖ]*[2] *Πετεχὼν — ἀ[ναφέρ]ειν διὰ [συστ]α[τ]ι[κοῦ] χρηματισμοῦ τὴν γεν[ομέ]νην αὐτῷ [χ]άριν κτλ.* und in der Unterschrift (21f.): *Πετεχὼν — ἀνήνεγκα —*. Es liegt kein Grund gegen eine wörtliche Auffassung von *ἀναφέρειν*[3] vor, so daß also mit der in den Akt aufgenommenen Abschrift des *χειρόγραφον* dem Notar auch dessen Urschrift übergeben wurde. Über den Ort der Verwahrung wird allerdings nichts gesagt: Das *ἀναφέρειν* mochte so sehr als der übliche Ausdruck gelten, daß nähere Bezeichnung überflüssig schien. Daß in Hibitopolis ein anderer Notariatsstil herrschte als in Oxyrynchos, darf nicht wundernehmen: wichtig ist, daß das *ἀναφέρειν* hier dem *ἐπιφέρειν* in Oxy. 1208, 5 zu entsprechen scheint. Vor allem aber ist zu beachten, daß hier gerade so wie in Oxy. 1208, 3f. kein Vertragsgenosse als Erklärungsempfänger[4] in der Homologie vorhanden ist; *ὁμολογεῖ ὁ*

---

[1]) S. Lewald, Grundb. 10; Eger, Grundb. 14; Preisigke, Girowesen 284, vgl. Klio XII 416f.; Mitteis, Grundz. 91. 93. — [2]) Wegen der Ergänzung s. oben S. 109. — [3]) Zu *ἀναφέρειν χάριν* (d. h. das die Schenkung enthaltende *χειρόγραφον*) vgl. Gieß. 36, 20 (*ἀ. συγγραφάς*); Petr. III 47, 3 (*ἀ. ἀντίγραφον*). 104, 5 (*ἀ. συγγραφήν*; Oxy. 66, 17 (*ἀ. λίβελλον*). — [4]) Aus diesem Grunde glaube ich auch nicht, daß *ἀναφέρειν* in Grenf. II 70 bloß das Ausstellen einer Urkunde bedeutet. In diesem Sinne kommt das Wort vor, wenn in einer Urkunde einer anderen gedacht wird, und immer handelt es sich dabei um Erklärung von Partei zu Partei (z. B. *ἣν ἀνενήνοχεν ἡ Φιλωτέρα τῷ Σίλλιδι συνχώρησιν*; auch *εἰς* oder *πρός τινα* findet sich) vgl.: BGU. 1053, II 14f. 1058, 48. 1104, 6. 1124, 5. 25. 1132, 29. 32. 1143, 6. 33. 1155, 16. 1156. 28. 1157, 2. 3. 1171, 8. Flor. 86, 10. Dieselbe Bedeutung liegt übrigens

δεῖνα absolut (ohne *τῷ δεῖνι*) ist ein ganz außergewöhnlicher Stil, der aber verständlich ist, wenn die Erklärung lediglich dem Notariat gegenüber abgegeben wird.

Sicher ist nach den mitgeteilten Anträgen, daß ebenso, wie in den alexandrinischen Archiven, so auch in der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* die *χειρόγραφα* urschriftlich Aufnahme fanden.[1]) Ob von ihnen amtliche Auszüge (*ἀναγραφαί*) und Abschriften (*εἰρόμενα*) angefertigt wurden, ist unbekannt. Die uns erhaltenen Listen in Amh. 98 und Leipz. 31 dürfen aber schwerlich als solche *ἀναγραφαί* angesehen werden.[2]) In

m. E. auch passiven Wendungen zugrunde, bei denen der Erklärungsempfänger nicht genannt ist, gleichviel ob die Stelle, durch welche die Urkunde aufgenommen ist oder aufgenommen werden soll, bezeichnet ist oder nicht. So Rein. 8, 8. 25, 16. 31, 9 (*ἅμα τῆι συ[γγραφῆι ταύτηι ἀ]ναφερομένηι*); und ferner Amh. 95, 20. Flor. 1, 23. 30 f. Gen. 22, 4. Hamb. 1, 14. Leipz. 5, 8 f. Lond. III 136 ff. (Nr. 1168, 24. 28). Straßb. 19, 8. 16. 52, 25. 31 (*ἀκολούθως τῇ ἀναφερομένῃ [*oder *ἀνενηνεγμένῃ* oder *ἀνενεχθησομένῃ] διὰ τοῦ ἀγορανομίου ὁμολογίᾳ*). Diese letztgenannten Urkunden von den anderen zu trennen und in ihnen mit Koschaker, Z. Sav. XXVIII 289, 1 und Preisigke, Girowesen 416. 424, vgl. Klio XII 412 *ἀναφέρειν* mit *ἀναγράφειν* gleichzusetzen, liegt m. E. kein Grund vor.

[1]) Aus diesem Grunde habe ich auch Bedenken gegen die Ansicht von Partsch, Arch. f. Pap. V 464, daß das *χειρόγραφον* als Anlage der die *ἐκμαρτύρησις* enthaltenden notariellen Urkunde in die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* gewandert sei. Wir wissen, daß die „Amtsexemplare" der von den öffentlichen Notariaten aufgenommenen Urkunden bei diesen zu *τόμοι συγκολλήσιμοι* vereinigt wurden und daß die *β. ἐγκτήσεων* die *εἰρόμενα*, vielleicht auch die *ἀναγραφαί* erhielt (s. darüber Mitteis, Grundz. 62 ff.). Daß aber die Notariate im regelmäßigen Geschäftsgang auch die Urschriften der vor ihnen errichteten rechtsgeschäftlichen Urkunden an die Bibliothek eingereicht hätten, dafür fehlt es, soweit ich sehe, bisher an einem Belege. Man darf auch nicht etwa glauben, das *συγκαταχωρίζειν* in Oxy. 1208, 5 deute auf eine Einreichung der Privaturkunde als Beilage der öffentlichen Urkunde hin; denn auch bei den Anträgen auf *δημοσίωσις* heißt es *συγκαταχωρίσαι τῷ ὑπομνήματι* und gewiß handelte es sich dort nicht in erster Linie um Verlautbarung der Gesuche, sondern der *χειρόγραφα*. Die Einlieferung des Handscheins an die Bibliothek ist m. E. in dem einen wie dem andern Falle als Ursache, nicht als Folge anzusehen. — [2]) S. darüber Koschaker, Z. Sav. XXIX 6; Mitteis, Grundz. 65, 1. 86. Für Amh. 98 ist auch darauf hinzuweisen, daß für das erste (1—4) und letzte (12—17) Stück ihr Charakter als *χειρόγραφα*, wenn auch wahrscheinlich, so doch nicht mit Sicherheit zu beweisen ist. In dem mittleren Teil (5—11), der jedenfalls auf ein *χείρόγραφον* zurückgeht, ist der Auszug so unsorg-

Archiv in den Dörfern des Gaues nicht gemeint sein kann, weil die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* sich stets in der Metropole befand[1]); vollends ist an kein Archiv außerhalb des Gaues zu denken. So bleibt nur übrig, unter *ἐπὶ τόπων* einen Ort in Ägypten außerhalb Alexandriens, hier also Oxyrynchos zu verstehen. Die Käuferin hebt also deutlich hervor, daß sie ihr *χειρόγραφον* nicht in den Zentralarchiven der Hauptstadt, sondern im Ortsarchiv verwahrt wissen will.

Außerdem kann man für die Einreichung des, der örtlichen Verlautbarung zugrunde liegenden, *χειρόγραφον* wohl auch auf Grenf. II 70 verweisen. Es heißt (Z. 4): *[Ὁμολογεῖ]*[2]) *Πετεχὼν — ἀ[ναφέρ]ειν διὰ [συστ]α[τ]ι[κοῦ] χρηματισμοῦ τὴν γεν[ομέ]νην αὐτῷ [χ]άριν κτλ.* und in der Unterschrift (21 f.): *Πετεχὼν — ἀνήνεγκα —*. Es liegt kein Grund gegen eine wörtliche Auffassung von *ἀναφέρειν*[3]) vor, so daß also mit der in den Akt aufgenommenen Abschrift des *χειρόγραφον* dem Notar auch dessen Urschrift übergeben wurde. Über den Ort der Verwahrung wird allerdings nichts gesagt: Das *ἀναφέρειν* mochte so sehr als der übliche Ausdruck gelten, daß nähere Bezeichnung überflüssig schien. Daß in Hibitopolis ein anderer Notariatsstil herrschte als in Oxyrynchos, darf nicht wundernehmen: wichtig ist, daß das *ἀναφέρειν* hier dem *ἐπιφέρειν* in Oxy. 1208, 5 zu entsprechen scheint. Vor allem aber ist zu beachten, daß hier gerade so wie in Oxy. 1208, 3f. kein Vertragsgenosse als Erklärungsempfänger[4]) in der Homologie vorhanden ist; *ὁμολογεῖ ὁ*

---

[1]) S. Lewald, Grundb. 10; Eger, Grundb. 14; Preisigke, Girowesen 284, vgl. Klio XII 416f.; Mitteis, Grundz. 91. 93. — [2]) Wegen der Ergänzung s. oben S. 109. — [3]) Zu *ἀναφέρειν χάριν* (d. h. das die Schenkung enthaltende *χειρόγραφον*) vgl. Gieß. 36, 20 (*ἀ. συγγραφάς*); Petr. III 47, 3 (*ἀ. ἀντίγραφον*). 104, 5 (*ἀ. συγγραφήν*; Oxy. 66, 17 (*ἀ. λίβελλον*). — [4]) Aus diesem Grunde glaube ich auch nicht, daß *ἀναφέρειν* in Grenf. II 70 bloß das Ausstellen einer Urkunde bedeutet. In diesem Sinne kommt das Wort vor, wenn in einer Urkunde einer anderen gedacht wird, und immer handelt es sich dabei um Erklärung von Partei zu Partei (z. B. *ἣν ἀνενήνοχεν ἡ Φιλωτέρα τῷ Σίλλιδι συνχώρησιν*; auch *εἰς* oder *πρός τινα* findet sich) vgl.: BGU. 1053, II 14f. 1058, 48. 1104, 6. 1124, 5. 25. 1132, 29. 32. 1143, 6. 33. 1155, 16. 1156. 28. 1157, 2. 3. 1171, 8. Flor. 86, 10. Dieselbe Bedeutung liegt übrigens

δεῖνα absolut (ohne *τῷ δεῖνι*) ist ein ganz außergewöhnlicher Stil, der aber verständlich ist, wenn die Erklärung lediglich dem Notariat gegenüber abgegeben wird.

Sicher ist nach den mitgeteilten Anträgen, daß ebenso, wie in den alexandrinischen Archiven, so auch in der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* die *χειρόγραφα* urschriftlich Aufnahme fanden.[1]) Ob von ihnen amtliche Auszüge (*ἀναγραφαί*) und Abschriften (*εἰρόμενα*) angefertigt wurden, ist unbekannt. Die uns erhaltenen Listen in Amh. 98 und Leipz. 31 dürfen aber schwerlich als solche *ἀναγραφαί* angesehen werden.[2]) In

m. E. auch passiven Wendungen zugrunde, bei denen der Erklärungsempfänger nicht genannt ist, gleichviel ob die Stelle, durch welche die Urkunde aufgenommen ist oder aufgenommen werden soll, bezeichnet ist oder nicht. So Rein. 8, 8. 25, 16. 31, 9 (*ἅμα τῆι συ[γγραφῆι ταύτηι ἀ]ναφερομένηι*); und ferner Amh. 95, 20. Flor. 1, 23. 30f. Gen. 22, 4. Hamb. 1, 14. Leipz. 5, 8f. Lond. III 136ff. (Nr. 1168, 24. 28). Straßb. 19, 8. 16. 52, 25. 31 (*ἀκολούθως τῇ ἀναφερομένῃ [*oder *ἀνενηνεγμένῃ* oder *ἀνενεχθησομένῃ] διὰ τοῦ ἀγορανομίου ὁμολογίᾳ*). Diese letztgenannten Urkunden von den anderen zu trennen und in ihnen mit Koschaker, Z. Sav. XXVIII 289, 1 und Preisigke, Girowesen 416. 424, vgl. Klio XII 412 *ἀναφέρειν* mit *ἀναγράφειν* gleichzusetzen, liegt m. E. kein Grund vor.

[1]) Aus diesem Grunde habe ich auch Bedenken gegen die Ansicht von Partsch, Arch. f. Pap. V 464, daß das *χειρόγραφον* als Anlage der die *ἐκμαρτύρησις* enthaltenden notariellen Urkunde in die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* gewandert sei. Wir wissen, daß die „Amtsexemplare" der von den öffentlichen Notariaten aufgenommenen Urkunden bei diesen zu *τόμοι συγκολλήσιμοι* vereinigt wurden und daß die *β. ἐγκτήσεων* die *εἰρόμενα*, vielleicht auch die *ἀναγραφαί* erhielt (s. darüber Mitteis, Grundz. 62ff.). Daß aber die Notariate im regelmäßigen Geschäftsgang auch die Urschriften der vor ihnen errichteten rechtsgeschäftlichen Urkunden an die Bibliothek eingereicht hätten, dafür fehlt es, soweit ich sehe, bisher an einem Belege. Man darf auch nicht etwa glauben, das *συγκαταχωρίζειν* in Oxy. 1208, 5 deute auf eine Einreichung der Privaturkunde als Beilage der öffentlichen Urkunde hin; denn auch bei den Anträgen auf *δημοσίωσις* heißt es *συγκαταχωρίσαι τῷ ὑπομνήματι* und gewiß handelte es sich dort nicht in erster Linie um Verlautbarung der Gesuche, sondern der *χειρόγραφα*. Die Einlieferung des Handscheins an die Bibliothek ist m. E. in dem einen wie dem andern Falle als Ursache, nicht als Folge anzusehen. — [2]) S. darüber Koschaker, Z. Sav. XXIX 6; Mitteis, Grundz. 65, 1. 86. Für Amh. 98 ist auch darauf hinzuweisen, daß für das erste (1—4) und letzte (12—17) Stück ihr Charakter als *χειρόγραφα*, wenn auch wahrscheinlich, so doch nicht mit Sicherheit zu beweisen ist. In dem mittleren Teil (5—11), der jedenfalls auf ein *χειρόγραφον* zurückgeht, ist der Auszug so unsorg-

ersterer Urkunde ist die Notiz ἐπηνέχϑη (Z. 4. 11) schon von Hunt mit dem gleichen Wort in Oxy. 1208, 5 in Verbindung gebracht worden. Es ist möglich, daß sie sich auf die Verlautbarung bezieht und man könnte sich (beispielsweise) die Sache so vorstellen, daß ein privater Urkundsschreiber sich in seinen Registern notierte, welche der von ihm aufgenommenen Handscheine zur ἐκμαρτύρησις eingereicht wurden. Aber irgendwelche Sicherheit läßt sich darüber nicht erlangen.

Nach den vorstehenden Urkunden läßt sich die öffentliche Hinterlegung des χειρόγραφον erst im 3. Jahrhundert nachweisen. Aber wenn auch bis jetzt ältere Spuren fehlen (vgl. S. 119f.), so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Verwahrung des Handscheins schon in früheren Zeiten mit der ἐκμαρτύρησις verbunden wurde.

III.

1. Sowenig Zeugnisse uns auch für die alexandrinische δημοσίωσις und für die ἐκμαρτύρησις zu Gebote stehen, so lassen sich doch, wie ich meine, Spuren einer Entwicklung in dem Sinne erkennen, daß allmählich eine Annäherung stattfand. Es wurde schon oben darauf hingewiesen (S. 129f.), daß die uns bekannten ἐκμαρτυρήσεις zum Teil nur den Inhalt des χειρόγραφον wiedergeben, zum Teil es abschriftlich in sich aufnehmen. Betrachtet man die maßgebenden Urkunden nach ihrer Zeit, so sieht man, daß die älteren, aus dem 1. und 2. Jahrhundert stammenden der ersten Gruppe angehören (Oxy. 95 und wahrscheinlich auch BGU. 1155, 15ff. und 619, 14ff.), während die jüngeren (Oxy. 1208 und wohl auch 1199, 19ff., ferner Grenf. II 70. 71, alle aus dem 3. Jahrhundert) den anderen Typus aufweisen. Namentlich zeigt die Gegenüberstellung von Oxy. 95 (mit der Inhaltsangabe) und Oxy. 1208 (mit dem Wortlaut), daß es sich nicht um örtliche, sondern um zeitliche Verschiedenheiten des Stiles handelt. Da das ὑπόμνημα bei der δημοσίωσις von jeher in allen uns bekannten Fällen die Abschrift des Handscheines

fältig, daß er in Z. 10 ganz unvermittelt aufhört, ohne daß der Preis für die verkauften Grundstücke angegeben ist. Auch das spricht gegen eine amtliche ἀναγραφή.

enthält, so liegt die Vermutung nahe, daß man bei der *ἐκμαρτύρησις* später dieses Schema nachgebildet hat.

Viel wichtiger noch ist eine andere Erscheinung.

In den älteren Beispielen der *ἐκμαρτύρησις*, bei denen eine Prüfung möglich ist, ist der Aussteller des *χειρόγραφον* und des *δημόσιος χρηματισμός* dieselbe Person. So vor allem in Oxy. 95: hier erklärt der Verkäufer dem Käufer, daß er den Handschein, den er ihm vorlängst ausgestellt habe, durch die gegenwärtige (notarielle) Urkunde bestätige (4ff.). Er ist also der Sprecher in beiden Urkunden. Ebenso verhält es sich in BGU. 1155: auch hier wird hervorgehoben, daß der Schuldner sowohl das *πιττάκιον* als auch die diesen Schein bekräftigenden *συγχωρήσεις* ausgestellt habe.[1]) Vgl. auch CPR. 198 (oben S. 124).

Ein anderes Bild zeigen die Urkunden des 3. Jahrhunderts. In Oxy. 1208 ist, wie üblich, das *χειρόγραφον* vom Verkäufer ausgestellt (6ff.). Sechs Monate später legt die Käuferin (3f.) einseitig dem Beamten des Agoranomion eine Abschrift dieses Handscheines vor und erklärt ihn zu bestätigen. Der Verkäufer wird dabei nicht erwähnt: offenbar ist er nicht zugegen. Ebenso sagt in Oxy. 1199, 19 die Käuferin, daß sie die *ἐκμαρτύρησις* vollzogen habe. Auch der *συστατικὸς χρηματισμός* Grenf. II 70 weist die gleiche Erscheinung auf. Das *χειρόγραφον* ist von dem Schenker ausgestellt, bei dem Notariat wird es von dem Beschenkten eingereicht (4ff.), ohne daß des Schenkers gedacht wird. Das gleiche gilt von der *συνήθης δημοσίωσις* in Grenf. II 71, nur daß hier die Beschenkten vor dem Ortsnotariat die Verlautbarung durch ihren Bevollmächtigten vollziehen lassen. Daß auch hier zeitliche, nicht örtliche Verhältnisse den Grund der Verschiedenheit bilden, geht wieder daraus hervor, daß beide Formen in Oxyrynchos (95 und 1208) vorkommen. Das bei der *ἐκμαρτύρησις* des 3. Jahrhunderts auftretende Verfahren, die einseitige Verlautbarung durch den

[1]) Daß die *συγχώρησις* in die Form einer Eingabe beider Vertragsgenossen an die richterliche Behörde gekleidet ist, ändert daran nichts. Die rechtsgeschäftliche Erklärung geht auch hier bei Darlehnsurkunden stets vom Schuldner aus: er ist also der Aussteller; vgl. BGU. 1053—1057 u. a. m.



Gläubiger, ist aber gerade das, welches die alexandrinische *δημοσίωσις* jederzeit aufweist. Und es ist in hohem Grade wahrscheinlich, daß diese Annäherung der *ἐκμαρτύρησις* an die *δημοσίωσις* keine zufällige war, sondern auf bewußter Nachbildung beruhte. Denn bei der Frage, ob der Gläubiger für die Verlautbarung an die Mitwirkung des Schuldners gebunden war, oder ob er sie eigenmächtig vornehmen konnte, handelt es sich nicht um eine Äußerlichkeit, sondern um einen Punkt von entscheidender Bedeutung für den Charakter des Verfahrens.

Vielleicht hängt mit dieser selbständigen Verlautbarung noch eine andere Erscheinung zusammen. Wie wir sahen (S. 113), tragen die *χειρόγραφα* mehrfach den Vermerk, daß der Aussteller der vom Gläubiger vorzunehmenden *δημοσίωσις* schon jetzt bei der Errichtung der Urkunde zustimme. Er ist bis jetzt nur in Handscheinen aus Oxyrynchos und Hermupolis nachweisbar.

Am ausführlichsten sprechen die ersteren: Oxy. 1200, 34ff: *ἥνπερ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῇ δημοσιώσεις διὰ τοῦ καταλογείου οὐ προσδεόμενος ἑτέρας μου εὐδοκήσεως ἢ μεταλήμψεως διὰ τὸ ἐντεῦθεν εὐδοκεῖν με τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει.* Oxy. 1208, 24f. enthält nur eine wesentliche [1]) Abweichung von diesem Wortlaut: statt *δημοσιώσεις διὰ τοῦ καταλογείου* heißt es: *ἀποίσις διὰ δημ[οσίου].* In dem ersteren Text wird also dem Verkäufer die Ermächtigung zur alexandrinischen *δημοσίωσις*, in dem letzteren zur *δημοσίωσις* schlechthin eingeräumt. In der Tat geschieht dort die Verlautbarung bei der *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* und dem *Ναναῖον* (1200, 49), hier durch *ἐκμαρτύρησις* bei dem Ortsnotariat zu Oxyrynchos (1208, 2). Nun ist wahrscheinlich [2]), daß an ersterer Stelle auch wirklich nur die *δημοσίωσις* vor dem Erzrichter ins Auge gefaßt war. Aber in Oxy. 1208 ist wohl nicht bloß an das *ἀγορανόμιον* und *βιβλιοφυλάκιον* der Heimat gedacht, denn ein *δημόσιον* [3])

---

[1]) Außerdem fehlen die Worte *ἢ μεταλήμψεως*. Aber das ist unerheblich: die Klausel sagt mit und ohne sie genau dasselbe. — [2]) Nicht sicher: in Grenf. II 71 wird Marianos bevollmächtigt (6) zum *δημοσιῶσαι παρὰ τῷ ἀρχιδικαστῇ*; er nimmt aber auch die *συνήθης δημοσίωσις* vor (26); vgl. oben S. 128. — [3]) *Δημόσιον* wird im allgemeinen Sinne für öffentliches Archiv oder Bureau gebraucht, namentlich in der Wendung *ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον* (oben S. 112). Vgl. ferner Grenf. II 69, 3.

waren auch das *καταλογεῖον* und die beiden Bibliotheken der Hauptstadt. Es erscheint also richtiger, die Ermächtigung hier als eine allgemeine aufzufassen und sie auf beide Arten der Verlautbarung zu beziehen.[1]) Dasselbe dürfte bei den hermupolitischen Urkunden anzunehmen sein, in denen es regelmäßig nur heißt *ἐντεῦθεν εὐδοκῶ τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει* (oder ähnlich), ohne daß das Archiv genannt wird. Nun ist bemerkenswert, daß die Klausel nur in Urkunden des III. und IV. Jahrhunderts nachweisbar ist; das früheste bisher bekannt gewordene Beispiel findet sich in einem *χειρόγραφον* aus der Zeit des Antoninus (213—217) in Flor. 47, 21. 42 aus Hermupolis, und es macht den Eindruck, als ob die Formel dem Urkundsschreiber damals noch ungewohnt gewesen sei[2]); jedenfalls kommt sie auch in Hermupolis früher nicht vor[3]) und eine notwendige Voraussetzung für die Verlautbarung ist sie anscheinend nie gewesen. Wenn es also mancherorts — wahrscheinlich im Geschäftsstil privater Urkundsschreiber — üblich wurde, das Recht des Gläubigers zur Verlautbarung in dieser Weise zu verbriefen, so spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß sich dieser Brauch vorzugsweise in Hinblick auf den Akt ausgebildet hat, bei dem der Gläubiger die Verlautbarung bisher nicht selbständig vornehmen konnte, nämlich bei der *ἐκματύρησις*. Und das um so mehr, als die selbständig vom Gläubiger vorgenommene

---

Oxy. 237, IV 6 u. ö. V 6. 19. Speziell die alexandrinischen Archive sind gemeint, wenn es in den Gesuchen um Verlautbarung heißt: *βούλομαι ἐν δημοσίῳ γενέσθαι* (BGU. 578, 17. 717, 26; Leipz. 10, II 20; Oxy. 719, 20. 1200, 44).

[1]) Sollte aus der Wendung *ἀποίοις διὰ δημ[οσίου]* ein Bedenken entnommen werden, so mag darauf hingewiesen werden, daß der Verkäufer gleich darauf sagt, er stimme zu *τῇ ἐσομένῃ δημ[οσίω]σι*. — [2]) Während nämlich die Klausel später immer im Texte des *χειρόγραφον* enthalten ist und dann bisweilen in der Unterschrift wiederholt wird, erscheint sie hier (in beiden Exemplaren) nur als Unterschrift und zwar offenbar als Nachtrag: *ἀντικατήλλαχα καὶ εὐδοκῶ πᾶσι τοῖς προγεγραμμένοις* (Neue Zeile) *εὐδοκῶ τῇ τῆς ἀσφαλίας δημοσιώσεως* (l. *δημοσιώσει*). — [3]) S. Lond. III 137 Nr. 1168 III (18); Soc. Ital. 30 (82); Flor. 85 (91). 101 (91?); Soc. Ital. 38 (101); Straßb. 75 (118); Amh. 89 (121); Lond. III 140 Nr. 839 (123); Amh. 87 (125); Flor. 41 (140); Soc. Ital. 39 (148); Leipz. 10 (178); Amh. 99 (179); Flor. 74 (181); Amh. 94 (208). Auch in Oxyrynchos kommt die Klausel in älteren als den oben genannten Urkunden nicht vor.

ἐκμαρτύρησις sich ebenso wie die Klausel εὐδοκῶ κτλ. erst im dritten Jahrhundert nachweisen läßt.[1])

2. Haben die vorstehenden Ausführungen das Richtige getroffen, so ergibt sich folgendes Bild.

Die δημοσίωσις, welche schon der früheren Kaiserzeit angehört, wurde ohne Frage durch Vorschriften der Behörden, wahrscheinlich Edikte der Präfekten, ins Leben gerufen und fortgebildet. Die ἐκμαρτύρησις können wir bis in das Jahr 10 v. Chr. zurück verfolgen: sie mag bis in die ptolemäische Zeit hineinreichen. Da sie einfach durch die Errichtung einer öffentlichen Urkunde vollzogen wurde, so wird sie sich ohne gesetzliche Vorschrift selbständig in der Praxis der Notariate herausgebildet haben.

Vor der δημοσίωσις hatte sie den Vorteil, daß sie an Ort und Stelle vorgenommen werden konnte, zunächst aber auch den Nachteil, daß der Gläubiger an die Mitwirkung des Schuldners bei dem Akte gebunden war, während er die Verlautbarung vor den alexandrinischen Archiven, jedenfalls dann, wenn der Aussteller des Handscheins diesem die Kraft einer öffentlichen Urkunde zuerkannt hatte, eigenmächtig herbeiführen konnte. Die weitere Entwicklung ging nun dahin, daß man die Vorzüge der hauptstädtischen δημοσίωσις, vor allem das Recht des Gläubigers, selbständig vorgehen zu können, auf die heimische ἐκμαρτύρησις übertrug. Ob man sie ganz durch diese ersetzen konnte, hing davon ab, ob und in welchem Maße die δημοσίωσις gesetzlich geboten war, eine Frage, über die wir bisher keine sichere Antwort zu geben vermögen (S. 117f.).

---

[1]) Die alexandrinische δημοσίωσις läßt sich mit Sicherheit zuletzt im Jahre 266 nachweisen (Oxy. 1200). Sie wird auch später noch vorgekommen sein, ob sie aber weit in das IV. Jahrhundert hineinreicht, ist doch recht fraglich. Die Klausel εὐδοκῶ κτλ. dagegen gehört in den meisten uns erhaltenen Beispielen dem Ende des III. und Anfang des IV. Jahrhunderts an, in welchem sie sich bis zum J. 341 verfolgen läßt (S. 113). Bis in dieselbe Zeit kommen auch öffentliche Notariatsurkunden im alten Stil vor; vgl. z. B. Thead. 2 (305); ebenda 1 (306); Straßb. 9 (307); BGU. 1049 (342). Es ist also möglich, daß die ἐκμαρτύρησις vor den Notariaten der χώρα sich länger erhalten hat, als die alexandrinische δημοσίωσις.

IV.

1. *Δημοσίωσις* und *ἐκμαρτύρησις* verfolgten beide den Zweck, einer Privaturkunde die Rechtswirkung einer öffentlichen Urkunde zu verschaffen, aber sie gingen dabei verschiedene Wege. Die *δημοσίωσις* verwandte lediglich das Mittel der Einreichung bei dem Erzrichter und der Verwahrung in den Archiven der Hauptstadt. Sie stellte keine zweite Urkunde neben das *χειρόγραφον*: dieses allein blieb für das Rechtsverhältnis maßgebend. Gerade hier aber ist es ausdrücklich bezeugt, daß der Gläubiger den Akt vornahm: *πρὸς τὸ μένειν μοι τὰ ἀπὸ αὐτῆς* (d. h. *ἀσφαλείας*) *δίκαια ὡς ἀπὸ δημοσίου χρηματισμοῦ* (so gleichlautend Leipz. 10, II 26 f. und Oxy. 1200, 50).

Für die *ἐκμαρτύρησις* fehlt es an solchen Äußerungen. Aber eins ist klar. Sie schaffte selbst einen *δημόσιος χρηματισμός*; und soweit die Privaturkunde ihrem Inhalt oder Wortlaut nach in diesen aufgenommen war, nahm sie als dessen Bestandteil an seinen Wirkungen teil. Wie alle öffentlichen Urkunden, wurde auch diese von dem Amt (*ἀγορανόμιον* usw.), bei dem sie errichtet war, in den *τόμος συγκολλήσιμος* aufgenommen, im Auszuge zur *ἀναγραφή* gebracht und im *εἰρόμενον* (wahrscheinlich als Abschrift[1])) der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* eingereicht. Sie konnte die Grundlage einer Verbuchung bei diesem Amte bilden[2]) und gewiß auch zum Mahn- und Vollstreckungsverfahren benutzt werden.

2. Will man die Wirkung der *δημοσίωσις* und *ἐκμαρτύρησις* erkennen, so muß man also der Frage näher treten, in welchen Fällen eine öffentliche Urkunde vom Rechte gefordert wurde und welche Vorzüge ihr zukamen. Dabei wird zu prüfen sein, inwiefern ihr das verlautbarte *χειρόγραφον* gleichstand. Denn daß das schlechthin der Fall gewesen sei, darf man trotz der allgemeinen Fassung der vorausgeschickten Aussprüche nicht ohne weiteres annehmen.

---

[1]) So Mitteis, Grundz. 63, 3. 64, 3, wie mir scheint, mit Recht gegen Preisigke, Girowesen 412 f. 429 und Klio XII 457 f. Wenn übrigens Preisigke (Berichtigungsliste S. 15) in BGU. 76, 1 richtig ergänzt hat *ἐξ ἐ[πισκέψεως εἰρομένου*, so würde nach meinem Dafürhalten der folgende Text trotz der fehlenden Datierung eher auf eine Abschrift als auf einen Auszug deuten. — [2]) Das ist überliefert Oxy. 1199, 22 ff.

Mit voller Sicherheit darf man nach Maßgabe des bisher bekannt gewordenen Materials behaupten, daß das Mahn- und Vollstreckungsverfahren (S. 107, 3. 4) nur auf Grund eines *δημόσιος χρηματισμός* oder eines *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* eingeleitet werden konnte: der bloße Handschein genügte nicht.[1])

Ebenso setzte die — in ihrem Zweck freilich noch recht unklare — *προσφώνησις*[2]) des Gläubigers an die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* in den vorliegenden Fällen eine öffentliche (BGU. 825; Soc. Ital. 74) oder verlautbarte (Oxy. 1200) Urkunde voraus.

Eine Verbuchung von Rechten an Grundstücken (und Sklaven?) nahm die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* grundsätzlich nur dann vor, wenn diese Rechte durch *δημόσιος χρηματισμός* oder, wie man jetzt hinzufügen kann, durch *χειρόγραφον*

---

[1]) *Δημόσιος χρηματισμός* liegt zugrunde in Oxy. 286, 5f. (M. vgl. Mitteis, Chrest. II S. 256); Oxy. 274, 8. 14ff. 22ff. (V.); Flor. 86, 5ff. 10. 13. 22 (M.); BGU. 888, 10ff. (M.); Oxy. 485, 12ff.; Oxy. 712, 12ff. (V.); wahrscheinlich auch Leipz. 120, 6f. *κατ' ἐνγρά(φους) [συνθήκας], διαγραφή* in Oxy. 86, 15ff. 26 (M.); BGU. 1038, 19ff. (V.); Flor. 48, 7f. = Giess. 33, 11f. (M. V.); Flor. 56, 12f. (V.); vgl. Giess. 32, 19: *τῇ δὲ διαγρα(φῇ) ἐνεχυρασία οὐκ ἐπηκολού[θηκεν], χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* Flor. 68, 8 (M.); BGU. 970, 21 (M. V.); BGU. 578, 10ff. 17ff. (M.); Lond. III 158f. (Nr. 1164 d, 6ff.) (V.); Leipz. Inv. 610 bei Koschaker, Z. Sav. XXIX 3, 3. 27, 3 (M.). In Lond. III 132f. (Nr. 908, 22ff.) ist nicht angegeben, auf Grund welcher Akte die Gläubigerin die *ἐνεχυρασία* erbeten und erlangt hat. Wenn sie nachher sagt, der Schuldner solle ihr lieber bezahlen (33f.): *ἃ ὤφειλεν (ἀ)πὸ τῆς ἐνεχυρασίας καὶ καθ' ἕτερα χειρόγραφα,* so darf daraus gewiß nicht geschlossen werden, daß der Pfändung ein nicht verlautbartes *χειρόγραφον* zugrunde gelegen habe. Will man wegen des Wortes *ἕτερα* hierfür einen Handschein annehmen, so würde die weitere Annahme, daß die Gesuchstellerin jetzt, nachdem sie bereits die Pfändung durchgesetzt hatte, nicht mehr alle Einzelheiten, die deren Voraussetzung bildeten, also auch die *δημοσίωσις* des *χειρόγραφον*, aufzählte, kaum auf Bedenken stoßen. Auch Lond. II 172 (Nr. 378, 9) möchte ich in diesem Zusammenhange nennen. Das *χειρόγραφον*, das dem Demetrios abgezwungen wurde, scheint die Grundlage eines Mahn- und Vollstreckungsverfahrens gewesen zu sein; vgl. 12: *ὡς ἐν ἐρημίᾳ (τοῖς νομίμοις) χρησομένων* nach Mitteis' einleuchtendem Vorschlage (Grundz. 122, 3). Dann aber wäre auch hier eine *δημοσίωσις* des *χειρόγραφον* zu vermuten, deren der Gesuchsteller im Verlauf des fortgeschrittenen Verfahrens nicht mehr Erwähnung tat. — [2]) Lewald, Z. Sav. XXXIII 630f.; Mitteis, ebenda 641f.; vgl. oben S. 125, 2.

δεδημοσιωμένον[1]) dargetan werden konnten. Es scheint, daß auch hier die Regel keine Ausnahme zuließ: wenigstens fehlt es bisher an einem unanfechtbaren Beweise dafür, daß auch ein nicht verlautbartes *χειρόγραφον* ausreichte.[2])

Fraglicher ist es, ob es Rechtsgeschäfte gegeben hat, für deren Errichtung eine öffentliche Urkunde gesetzlich gefordert wurde. Griechische Freilassungen treten stets in dieser Form auf, so daß der Gedanke naheliegt, sie sei notwendig gewesen.[3]) — Für Eheschließungen bildet sie, wenigstens was

[1]) Mitteis, Z. Sav. XXXIII 642 auf Grund von Oxy. 1200. — [2]) Vgl. Lewald, Grundb. 30 ff. und Z. Sav. XXXIII 631, 2; Eger, Grundb. 111 ff.; Mitteis, Grundz. 98 und Chrest. II S. 226 und Z. Sav. XXXIII 642; Preisigke, Girowesen 228 f. 392 f. und Klio XII 418, 5 (hier allerdings mit ganz anderer Auffassung über das „Besitzamt“). Für die Frage, ob eine Verbuchung — ich verstehe darunter die Eintragung in die *διαστρώματα* — auch auf Grund eines bloßen *χειρόγραφον* erfolgen konnte, kommt ernstlich nur Giess. 8 (Chrest. II 206) in Betracht (vgl. namentlich Eger und Mitteis a. a. O.). Neuerdings hat Lewald (Z. Sav. cit.) betont, daß in dem angeführten Text nur gesagt wird, es sei von Petosiris ein Antrag (*ἀπογεγράφθαι*) auf Eintragung gestellt, nicht daß diese vom Amt auch wirklich vorgenommen sei; auch heute kämen gesetzlich nicht zulässige Anträge genug vor. Gewiß, aber dann wäre es doch kaum zu verstehen, warum hier der Geschädigte Psenpachumis nicht einfach von den *βιβλιοφύλακες* selbst die Zurückweisung des unzulässigen Antrages forderte, sondern von ihnen nur verlangte, daß die Sache in der Schwebe bleibe, bis über seinen Widerspruch gerichtlich entschieden werde. Es muß doch wohl die Gefahr bestanden haben, daß das Amt der *ἀπογραφή* als einer formell gerechtfertigten stattgeben könnte. Aber schon Mitteis (Chrest. II S. 226) und Lewald selbst haben auf einen anderen Punkt hingewiesen, daß es nämlich nicht ausgeschlossen sei, daß der Erwerb des Petosiris auf Grund eines *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* erfolgte. Und hierfür bietet vielleicht die Urkunde selbst einen Anhaltspunkt. Es heißt (6 ff.): *Πετοσῖριν — ἀπογεγράφθαι — ἀντίγραφον χειρογράφου*. Nun aber ist ganz ausgeschlossen, daß das Amt den Petosiris überhaupt angehört hätte, wenn dieser ihm eine private Abschrift einer Privaturkunde vorgelegt hätte: sein Vorgehen stünde so auf gar zu schwachen Füßen. Ein anderes Aussehen erhielte es, wenn er ein *ἀντίγραφον ἐπεσκεμμένον* der *βιβλ. Ἁδριανή* oder des *Ναναῖον* (vgl. Mitteis, Grundz. 85, 1) gehabt hätte, oder wenn wir uns den Akt ebenso vorstellten, wie er in Oxy. 1200 vorliegt: Petosiris hätte dann für sein *χειρόγραφον* zuerst die *δημοσίωσις*, dann die *προσφώνησις* erlangt, die ja eine Abschrift des Handscheines in sich schlossen. — [3]) Oxy. 48. 49. 50. 349. 722. 723; BGU. 96; vgl. Mitteis, Grundz. 271. Daß der P. Edmondstone (Chr. II 361) vom J. 360 als *χειρόγραφον* ab-

den γάμος ἔγγραφος anlangt, die Regel, ob eine ausnahmslose, hängt davon ab, ob man BGU. 717 und 970 als bloße Bestätigungen über den Empfang und Versprechen der Rückgabe des Heiratsgutes, also reine pacta dotalia, von den eigentlichen Eheverträgen trennen darf.[1]) Ein *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* ist bisher weder hier noch bei der Freilassung bekannt geworden. — Auch für Kaufverträge über Sklaven läßt sich, soweit ich sehe, überall die gerichtliche oder notarielle Urkunde nachweisen[2]): die *ἐκμαρτύρησις* in Oxy. 95 bestätigt nur die Regel; eine *δημοσίωσις* kommt nicht vor. — Sehr viel zweifelhafter steht es um die Testamente. Allerdings sind auch sie regelmäßig auf einem Notariat aufgenommen[3]); aber im J. 295 erscheint in Leipz. 29 ein *ἑλληνικὸν βούλημα* als *χειρόγραφον*, und man muß mit der Möglichkeit rechnen, daß diese Form auch schon früher vorgekommen ist.[4])

---

gefaßt ist, kommt hier nicht in Betracht, weil zu jener Zeit überhaupt keine öffentlichen Notariate mehr nachweisbar sind und das *χειρόγραφον* schon seine Alleinherrschaft angetreten hat (vgl. Mitteis, Grundz. 87).

[1]) So Mitteis, Grundz. 218 (vgl. 86), wie mir scheint, mit Recht. In den beiden genannten Urkunden BGU. 717 und 970 hat allerdings eine *δημοσίωσις* stattgefunden. Im ersteren Falle ist der Grund dafür nicht ersichtlich. In BGU. 970 erfolgte die Verlautbarung nach dem Tode des Mannes, um die Rückgabe des Heiratsgutes im Mahnverfahren durchzusetzen, nicht um die Ehe zu legalisieren. — [2]) BGU. 193. 805. 859. 987. 1059. 1128; Leipz. 4; Oxy. 73, 30 ff. 375. 380. 809. 1209; Strassb. 79; wahrscheinlich auch noch Lond. II 317 (Nr. 251) aus dem IV. Jahrhundert; der Sklavenkauf birgt noch manche Geheimnisse in sich: die *καταγραφὴ διὰ τῶν ἀγορανόμων* (BGU. 1114, 11 ff. 1128, 12 f.; vgl. Oxy. 263), die *ἀνάκρισις* (Leipz. 4, 15; Oxy. 1209, 19; Lond. II 317 Nr. 251, 7; vgl. Mitteis zu P. Leipz. cit. und Grundz. 95, 2) und vor allem die Frage der Verbuchung bei der *βιβλ. ἐγκτήσεων* (Mitteis, Grundz. 95, 2 mit weiteren Nachweisen). Alle diese Punkte sind aber geeignet, die Annahme, daß der Verkauf einen *δημόσιος χρηματισμός* gefordert habe, zu unterstützen. — [3]) Die Nachträge, die sich die Erblasser in Oxy. 494. 495 vorbehalten (Mitteis, Grundz. 237) können m. E. für den allgemeinen Charakter der Testamentsform nicht in Betracht kommen. — [4]) Da das Testament die Klausel trägt *κύριον ὡς ἐν δημοσίῳ ἀρχείῳ κατακείμενον*, so ist möglich, daß eine Verlautbarung in Aussicht genommen war: aber durch wen, durch die Ausstellerin, d. h. die Erblasserin, oder durch die Erbin, an welche die Erklärung gerichtet ist? und mit welcher Wirkung? gewann das Testament nur dadurch und zwar rückwirkend Kraft? Beantworten lassen sich diese Fragen beim Stande unserer Quellen nicht.

Neuerdings hat Mitteis die Frage angeregt, ob vielleicht materielle Vorteile mit der öffentlich errichteten oder verlautbarten Urkunde verbunden waren. Er hält (Grundz. 84) es für möglich, daß ihr allein Wirkung gegenüber Dritten zugekommen sei, während diese dem bloßen Handschein versagt war.

3. Für jede rechtsgeschäftliche Urkunde ist die wichtigste Frage die, ob und inwieweit sie im Prozesse den Beweis für die in ihr bekundeten Tatsachen zu erbringen vermag. Diese Fähigkeit wird von der herrschenden Meinung dem bloßen χειρόγραφον schlechthin abgesprochen.[1]) Dieses könne, so lehrt man, überhaupt nicht vor Gericht vorgelegt werden, erst durch die δημοσίωσις werde es dazu instand gesetzt.[2]) Diese Ansicht stützt sich, abgesehen von allgemeinen Erwägungen, darauf, daß, wie soeben hervorgehoben, auf Grund eines bloßen Handscheines kein Mahn- und Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden konnte.[3]) Aber es ist doch etwas Verschiedenes, ob man eine Urkunde für geeignet hält, dem Schuldner aufzugeben „zahle, sonst wirst du gepfändet", oder im Prozeß dem Richter die Überzeugung der Wahrheit von Parteibehauptungen zu verschaffen.[4])

---

[1]) So Mitteis, Arch. f. Pap. III 176f. und P. Leipz. I S. 76 und Röm. Privatr. I 314 und Grundz. 50ff. 82ff. 141. (In dieser letzteren Schrift ist der Satz zwar vorsichtiger formuliert [S. 83f.], aber doch festgehalten.) Gradenwitz, Festgabe f. Koch 272f.; Koschaker, Z. Sav. XXIX 10. 12. 14. 15; Preisigke, P. Straßb. I S. 108 und Girowesen 289. 292f. 295; Eger, Grundb. 108. — [2]) Es handelt sich bei dieser Frage nur um das χειρόγραφον, das uns ja auch allein als Grundlage der alexandrinischen δημοσίωσις bekannt ist. Die Sechszeugenurkunde, die wohl eine συγγραφή, d. h. formelle Vertragsurkunde, nicht aber ein δημόσιος χρηματισμός, d. h. öffentlich (vor Behörde oder Notar) errichtete Urkunde ist (vgl. S. 114) läßt sich wiederholt bei gerichtlichen Verhandlungen nachweisen: Petr. II 21 (Chrest. II 28), 21ff.; wahrscheinlich auch III 21 (Chrest. II 3); Magd. 14, 5ff. (vielleicht auch 3, 4. 5, 3. 17. 10, 4. 9. 29, 4f. 30, 3ff., während in 12, 3ff. und 19, 6 demotische Urkunden vorliegen); Amh. 30, 28ff. (dazu Wilcken, Chrest. I 9); Leid. A. 10f.; wahrscheinlich auch Par. 13, 5ff. Diese Beispiele stammen zwar aus ptolemäischer Zeit: es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß man die Beweisfähigkeit der Urkunde später anders eingeschätzt hätte. — [3]) Vgl. Mitteis, Grundz. 83f. — [4]) Auch das heutige Recht kennt als sog. Exekutivurkunde nur die öffentliche (Deutsche CPO. 794, 5), während im Prozesse besondere Regeln gelten (415ff.).

Gerade für die römische Zeit muß jene Ansicht Bedenken erregen, weil, wenn sie richtig wäre, die römischen Beamten bei ihrer Rechtsprechung in Ägypten ganz andere Grundsätze zur Anwendung gebracht hätten, als in anderen Teilen des Reiches. Denn außer Zweifel steht, daß das römische Recht der Privaturkunde nie die Beweisfähigkeit abgesprochen[1]) und die Beurteilung ihrer Beweiskraft im allgemeinen dem freien Ermessen des Richters überlassen hat.[2]) Freilich wird das Gewicht dieses Einwands dadurch abgeschwächt, daß das römische Recht bis in das III. Jahrhundert n. Chr. überhaupt nur die Privaturkunde kannte.[3]) Indessen ist zu beachten, daß es sich hier nicht um eine Frage des materiellen Rechts handelt und daß die Extraordinaria Cognitio im römischen Ägypten die gleichen Züge aufweist wie anderswo. Sollte hinsichtlich der Zulässigkeit von Beweismitteln eine so große Verschiedenheit bestanden haben?

Weiter scheint mir eine praktische Erwägung Beachtung zu verdienen. Einer Urkunde die Fähigkeit vor Gericht vorgelegt zu werden versagen, heißt ihr den Lebensnerv abschneiden. Sie bindet dann die Parteien nicht länger als sie gebunden sein wollen. Sollten nun die vielen χειρόγραφα der Kaiserzeit, die keine Andeutung einer vollzogenen oder in Aussicht genommenen Verlautbarung enthalten, wirk-

---

[1]) Vgl. z. B. Gell. 14, 2, 7; Iul. D. 32. 59. D. 39. 6, 18, 2; Gai. D. 22, 4, 4; Scaev. D. 2, 14, 47, 1. D. 44, 4, 17 pr.; Paul. Sent. 2, 21. 32; D. 9, 2, 40. D. 12, 1, 40. D. 27, 6, 46, 5; Ulp. D. 47, 2, 27, 1. 2. Mod. D. 22, 3, 15. K. Alex. C. 4, 56, 2; K. Diocl. C. 2, 14, 28. C. 3, 42, 9. C. 8, 42, 14. 15; BGU. 388, II 29 ff. Aus der Spätzeit sei hier nur auf das bekannte Gesetz K. Leos (C. 8, 17, 11) hingewiesen, das eben durch den Vorrang, den es der öffentlichen Urkunde vor der privaten gibt, deutlich zeigt, daß gerade im byzantinischen Rechtskreis das Pfandrecht auch durch die letztere bewiesen werden konnte. — [2]) Als Anweisungen für die richterliche Beweiswürdigung, nicht als absolute Normen, sind auch die Beweisregeln, die sich gelegentlich in den Schriften der Juristen oder Reskripten der Kaiser finden, aufzufassen. So z. B. Paul. D. 22, 4, 2. D. 16, 3, 26, 2; K. Marc. und Luc. bei Scaev. D. 22, 3, 29 pr.; K. Phil. C. 4, 19, 5. 6. K. Gall. C. 4, 19, 7. Vgl. über diese Stellen, soweit sie sich auf die dem Aussteller vorteilhaften Aussagen in der Urkunde beziehen, Wetzel, Zivilpr.[3] 200; Bethmann-Hollweg III 286. — [3]) S. Mitteis, Röm. Privatr. I 306.

lich nur mit dem friedlichen außergerichtlichen Rechtsverkehr gerechnet haben? Und wenn das zu allgemein klingt, sei es gestattet, einen besonders wichtigen Punkt hervorzuheben. Vor Gericht spielt kaum eine Urkunde eine so große Rolle wie die Quittung. Auch in unseren Papyrussammlungen ist sie reichlich vertreten und zwar zum größeren Teil als bloßes *χειρόγραφον*. Für eine *δημοσίωσις* aber fehlt hier jeder Beleg.[1]) Das ist wohl kaum ein Zufall. Jedenfalls kann man es sich schwer vorstellen, daß der Richter die chirographarische Quittung, die der Schuldner in Händen hatte, gar nicht angesehen haben und ihn, wenn er keine anderen Beweise für seine Leistung erbringen konnte, zur zweiten Zahlung verurteilt haben sollte. Eine Quittung, die keinen gerichtlichen Beweis der Erfüllung zu erbringen vermag, ist wertlos.

Doch können diese allgemeinen Betrachtungen nicht ausschlaggebend sein. Wir müssen die Urkunden selbst befragen, und ich glaube, sie bleiben die Antwort nicht schuldig.

Zunächst kommt Rein. 7 (Chrest. II 16), eine *ἔντευξις* aus ptolemäischer Zeit (um 140 v. Chr.) in Betracht. Hiernach kaufte Kephalos Wein von Lysikrates; der Preis von 24 Talenten wurde zunächst gestundet und zwar versprach Kephalos durch *χειρόγραφον* (8), an eine bestimmte Bank für Rechnung des Verkäufers Zahlung zu leisten. In der Tat beglich er auch einen Teil der Schuld, nämlich 13 Talente auf diesem Wege. Den Rest bezahlte er, wie er behauptet, an Lysikrates direkt; dieser aber erkannte die Zahlung nicht als geschehen an, lud vielmehr den Kephalos vor den Strategen und setzte dort durch, daß der Gegner in einer demotischen Urkunde Bürgen stellte[2]), welche ihm die

---

[1]) Die Klausel *κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον* findet sich auch in Quittungen: BGU. 260, 9f. 942, 6; Grenf. II 75, 15f.; Lond. II 207 (Nr. 148, 14f.); Teb. 396, 20. Aber sie beweist nicht, daß die Verlautbarung tatsächlich vollzogen worden ist, sondern höchstens, daß der Aussteller sich ihr unterwarf (vgl. S. 117). Es soll ja auch nicht behauptet werden, daß die *δημοσίωσις* bei Quittungen ausgeschlossen war, sondern nur, daß sie nach Maßgabe unserer Quellen nicht vorgenommen wurde, weil die Parteien jedenfalls in weitem Umfange sich mit dem schlichten Handschein begnügten. — [2]) Vgl. Z. 18ff. 34f., dazu Vitelli Atene e Roma VIII 221f.; Mitteis, Z. Sav. XXVI 489.

Zahlung des Restes innerhalb von 3 Jahren garantierten. Das *χειρόγραφον* gab Lysikrates nunmehr einem Hüter bis zur Zahlung in Verwahrung (22f. 32). In der vorliegenden Eingabe verlangt Kephalos, daß beide Urkunden mit Rücksicht auf seine frühere Zahlung für unwirksam erklärt würden. Lassen wir alle mit diesem neuen Antrage verbundenen zweifelhaften Fragen [1]) beiseite, halten wir uns nur an das Verfahren vor dem Strategen. Gleichviel wie es eingeleitet wurde und welchen Charakter es hatte, jedenfalls besaß der Gläubiger für seine Klage keine andere Grundlage als das *χειρόγραφον*: alles ist dem Schuldner darum zu tun, es hinfällig zu machen, alles dem Gläubiger, es sicherzustellen.

Nur kurz erwähnt werden soll Lond. II 5 (Nr. 220 I).[2]) Hier heißt es in einer Eingabe (10): *καθ' ἃ τέθειταί μοι χειρόγρ[αφα*; vorher (8) ist von einem Darlehn die Rede. Aber die Reste der Urkunde sind zu gering, um sagen zu können, welche Rolle der Handschein in dem einzuleitenden Prozeß spielen sollte.

Aus römischer Zeit kommen folgende Urkunden in Betracht.

In Gen. 6 (Chrest. II 120), einer Eingabe an den Strategen (vom J. 146), verlangt der Kläger Rückzahlung eines

---

[1]) Vor allem die Frage, welchen Titel Lysikrates für die dem Kephalos drohende Vollstreckung (gleichviel ob bloß Real- oder auch Personalexekution; vgl. Mitteis, Z. Sav. XXVI 488; Pappulias, *Ἐμπράγματος ἀσφάλεια* 25. 28; Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht I 13, 3; Lewald, Personalexekution 37) hatte: das *χειρόγραφον* allein konnte ihm doch kein Recht dazu geben. Hatte das *μεσιδιοῦν* (22. 32) in dieser Hinsicht Bedeutung? etwa eine ähnliche wie das römische *δημοσιοῦν*? Wahrscheinlicher dünkt mich folgendes. Offenbar verschweigt Kephalos in seiner Eingabe Tatsachen, die zu seinen Ungunsten sprechen. Wenn er Bürgen für seine Erfüllung stellte, so wird er doch wohl auch selbst seine Restschuld haben anerkennen müssen: dafür spricht entschieden der Umstand, daß der Gläubiger sich in erster Linie an ihn, nicht an die Bürgen hält (31. 33f.). Wie dieses Anerkenntnis gestaltet war, erhellt nicht; es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Etwas Verlockendes hat es, eine Bestätigung seines *χειρόγραφον* in öffentlicher exekutiver Urkunde, vielleicht in einer und derselben mit den Bürgen, zu vermuten: es spricht nichts dagegen, daß eine solche *ἐκμαρτύρησις* schon in ptolemäischer Zeit vorgekommen sein könnte. — [2]) Vgl. Wilcken, Arch. f. Pap. I 134.

Darlehns, das begründet war (5f.): *[κα]τὰ χειρόγραφον γεγονὸς τῷ ιη (ἔτει) θεοῦ Ἁδριανοῦ [μη]νὶ Ἐπείφ.* Hätte eine *δημοσίωσις* stattgefunden und hätte sie allein dem Schuldschein Beweisfähigkeit geben können, so ist schwer verständlich, daß dieser Punkt, auf den für den Gesuchsteller alles ankam, nicht hervorgehoben wurde.[1]

Die (selbständige) *διαγραφή* Lond. III 166f. (Nr. 1164[k]) vom J. 212 enthält die Bescheinigung der Hingabe eines Grundstückes an Zahlungs Statt zur Tilgung einer Schuld, die begründet war (9f. 22. 25): *κατὰ δισσὸν χειρόγραφον — τὸ καὶ ὂν παρὰ τῷ αὐτῷ Ἑρμίᾳ* (dem Gläubiger) *εἰς ἐπίδειξιν εἰ ⟨χρεία γένοιτο —⟩*.[2] Der Handschein soll also nötigenfalls dem Gläubiger zum Beweise seiner Forderung dienen. Daß er verlautbart worden sei, ist nicht anzunehmen, weil die vorliegende Bankurkunde, die fraglos als öffentliche zu gelten hat, diesen Umstand hätte erwähnen müssen, und die Betonung der eigenen Verwahrung durch den Gläubiger gegen eine solche in den alexandrinischen Archiven spricht.[3] Von gerichtlichem Beweise wird allerdings nicht ausdrücklich gesprochen. Aber der Gläubiger, der eine Urkunde für den Beweis zur Hand haben will, denkt dabei doch vor allem an den Beweis im Prozeß. Welchen

---

[1]) Meiner Ansicht nach gilt das auch für ein Gesuch um „polizeilichen" — oder, wie ich vorziehe, „friedensrichterlichen" — Schutz (anders Mitteis, Chrest. II S. 137); auch dieser setzte voraus, daß das Darlehn bewiesen werden konnte. Man vergleiche nur, wie sorgfältig in Urkunden aller Art die *δημοσίωσις* hervorgehoben wird, wenn sie wirklich stattgefunden hatte: BGU. 50, 5. 970, 20f. 983, 10; Lond. III 158f. (Nr. 1164[d], 7) und besonders in dem dem unsrigen ganz ähnlichen Gesuch Oxy. 70, 8. — [2]) Zur Lesung vgl. Wilcken, Arch. f. Pap. IV 553. — [3]) Auch die Vermutung, daß der Gläubiger hier wie in anderen Fällen (Leipz. 10, II 19f.; BGU. 717, 26; Grenf. II 71, II 25) von zwei (oder mehr) urschriftlichen Ausfertigungen eine zur Verlautbarung eingereicht, die andere zurückbehalten hätte, hat sowohl den Wortlaut wie die Wahrscheinlichkeit gegen sich. Denn dann wäre wieder der entscheidende Punkt nicht hervorgehoben, was hier in einer öffentlichen Urkunde, die wie alle zum Sammelbande von Antinoupolis gehörigen *διαγραφαί* recht sorgfältig abgefaßt ist, um so mehr auffallen müßte. Auch bliebe dann immer noch übrig, daß der Gläubiger sich gerade des zurückbehaltenen, in seiner Verwahrung gebliebenen Exemplars zum Beweise bedienen will.

Wert hätte ein Beweismittel, das dem Richter nicht vorgelegt werden kann?

Ähnlich verhält es sich mit Hamb. 8 vom J. 136, der Abschrift einer Pachtquittung. In ihr bestätigt[1]) der Obmann der Gesellschaft, welche die Pacht übernommen hatte, seinen Genossen, daß er die Urschrift (*αὐθεντικόν*) der Quittung von den Gutsverwaltern erhalten habe und bereit sei, sie ihnen jederzeit zum Zwecke des Beweises zur Verfügung zu stellen (26ff.): *ὁπηνίκα ἐὰν ἐπιζητῇς ἐποίσω πρὸς ἐπίδιξιν.* Bei einem Beweise, für den die Abschrift nicht ausreicht, sondern die Urschrift erforderlich ist, ist auch hier in erster Linie an einen gerichtlichen Beweis zu denken.[2]) Und daß die Pächter, um die Urkunde für diesen Zweck brauchbar zu machen, sie erst beim Erzrichter hätten einreichen müssen, ist um so weniger anzunehmen, als auch sonst eine *δημοσίωσις* von Quittungen nicht nachweisbar ist.

Oxy. 706 (Chrest. II 81) zwischen 114 und 117 n. Chr. In einem Prozeß vor dem Statthalter wird darüber gestritten, ob der Patron von seinem Freigelassenen die *παραμονή* (obsequium[3])) fordern könne, trotzdem er ihm bestätigt hatte, daß er nach Empfang des Lösegeldes weiter keinen Anspruch gegen ihn habe (4: *μηδὲν ἔξειν πρᾶγμα*). Diese Erklärung des Patrons war in einem *χειρόγραφον* enthalten, das, wie ausdrücklich im Protokoll hervorgehoben ist, vor Gericht verlesen wurde (5). Von einer *δημοσίωσις* ist keine Rede, und sie ist auch hier gerade deshalb unwahrscheinlich, weil der Handschein eine Quittung war.[4]) Der Präfekt ent-

---

[1]) Für das Folgende s. die Einleitung von Meyer S. 27. — [2]) Wollte man dem Umstand Bedeutung beilegen, daß es sich hier um eine Pachtung aus einer damals gewiß schon kaiserlichen *οὐσία* (Rostowzew, Kolonat 131f.; Wilcken, Grundz. 298f.) handelt, so wäre demgegenüber zu betonen, daß die Pächter aus ihrem Pachtverhältnis ausscheiden (23f.), also jedenfalls die Frage, ob und inwieweit (vgl. 12ff.) der Zins entrichtet sei, nicht auf dem Verwaltungs-, sondern auf dem Rechtswege zu erledigen war. — [3]) So nach Mitteis' (Chrest. II S. 90) einleuchtender Ergänzung. — [4]) Mitteis a. a. O. nimmt an, das *μηδὲν ἔξειν πρᾶγμα* sei in dem Freilassungsbrief enthalten gewesen. Ich möchte lieber an eine selbständige Quittung, in der jene Worte standen, denken, weil wir sonst zu einer Freilassungsurkunde in Form eines *χειρόγραφον* kämen, das für die frühere Kaiserzeit nicht nachweisbar ist, vgl. S. 141.

scheidet gegen den Freigelassenen, aber nicht weil das *χειρόγραφον* außer Betracht bleiben müßte, sondern weil er der Ansicht ist, daß die Worte der Quittung *μηδὲν ἕξειν πρᾶγμα* nur als Bestätigung des Empfanges des Lösegeldes, nicht als Verzicht auf das Obsequium aufzufassen seien.[1])

Nur der Vollständigkeit halber soll Teb. 489, ein Prozeßprotokoll vom J. 127 erwähnt werden. Ein Anwalt trägt hier vor, der Gegner habe seinem Klienten ein Haus verkauft: *κατὰ χιρόγραφον*. Eine *δημοσίωσις* wird, soweit das Stück mitgeteilt ist, nicht erwähnt. Auch darüber, welche Rolle der Handschein im Prozesse spielte, läßt sich nichts sagen.

Das Hauptgewicht lege ich auf die beiden folgenden Urkunden.

Flor. 61 (Chrest. II 80), das Protokoll eines im J. 85 vor dem Statthalter verhandelten Prozesses. Der Vater des jetzigen Klägers Phibion hatte, wie dieser behauptet, dem Vater des jetzigen Beklagten Achilleus im J. 50/51 ein Getreidedarlehn gegeben. Da dieses bisher nicht zurückerstattet war, hatte Phibion den Achilleus und dessen Gattin eigenmächtig in Haft genommen. Vor allem dreht sich der Streit jetzt um den jenem angeblichen Darlehn zugrunde liegenden Schuldschein, der bald als *ἐπίσταλμα* (25. 37. 39f. 63), bald als *χειρόγραφον* (65, vgl. 57) bezeichnet wird. Diese Gleichsetzung zeigt, daß man bei dem ersteren Worte vielleicht an einen besonderen Inhalt, nicht aber an eine vom gewöhnlichen Handschein abweichende Form, und auf jeden Fall an eine Privaturkunde zu denken hat.[2]) Die Verlesung im Prozeß wird hervorgehoben (24f.); von einer vorhergegangenen *δημοσίωσις* aber ist nicht die Rede, was um so mehr ins Gewicht fällt, als sonst doch alles mögliche über den Schuldschein vorgebracht wird. Lag aber ein bloßes *χειρόγραφον* vor, so hätte ja, wenn es wirklich ohne Verlautbarung nicht vor Gericht vorgelegt werden konnte, für den Anwalt des Beklagten nichts näher gelegen als

[1]) So mit Recht Mitteis a. a. O. — [2]) Über das *ἐπίσταλμα* vgl. Mitteis, Z. Sav. XXVII 224 und Chrest. II zu 80, 25 (*ἐπίσταλμα* ist hier gleich *ἐπιστολή*, chirographarischer Schuldschein: das ist m. E. das richtige); Wilcken, Arch. f. Pap. IV 447; Partsch (und bei ihm Rabel), Griech. Bürgschaftsr. 122f. 316, 1.

darauf hinzuweisen, daß der Kläger für seine Forderung keinen wirksamen Beweis vorgebracht habe. In Wirklichkeit aber verlangt er selbst die Verlesung des Schuldscheines (24 f.), schilt dann den Gläubiger einen Wucherer (27 f.) und beruft sich, nachdem der Präfekt die Frage der Echtheit der Urkunde aufgeworfen hat (41), schließlich auf sein wichtigstes Verteidigungsmittel, die Verjährung der Forderung (44 ff.). Um derentwillen wird denn auch im Urteil der Kläger abgewiesen (61 ff.) und das *χειρόγραφον* durchstrichen (65 f.). Die Verjährung also machte es vor Gericht unbrauchbar, nicht die mangelnde Verlautbarung.

Zu dem gleichen Ergebnis führt BGU. 378 (Chrest. II 60), eine Eingabe an den Statthalter vom J. 147. Iulius Saturninus hatte gegen C. Iulius Agrippinus vor dem (früheren) Iuridicus ein Depositum irregulare eingeklagt, das er dem Vater des Beklagten gegeben haben wollte, und für welches ihm der Sohn ein *χειρόγραφον* ausgestellt hatte.[1]) Von einer *δημοσίωσις* wird nichts gesagt[2]); auch wäre, wenn sie stattgefunden hätte, Klage und Prozeß (17: *κατάστασις*) überflüssig gewesen und hätte der Gläubiger im Mahnverfahren einfacher und schneller einen Vollstreckungstitel erlangen können. Des weiteren heißt es, der Kläger habe von dem (folgenden) Iuridicus ein Dekret (22. 27: *ἐπιστολή*) erschlichen, durch welches der Strateg angewiesen wurde, ihn wegen jener Forderung in das Vermögen des Schuldners einzuweisen.[3]) Hiergegen erhebt der Schuldner Beschwerde beim Statthalter (11—28). Uns interessiert dabei folgendes: das *χειρόγραφον* wurde, wie ausdrücklich hervorgehoben wird, in dem früheren Prozeß vorgelegt (19: *ἐπενέγκας*) und offenbar bildete es die Grundlage der Verfügung des Iuridicus. Der Schuldner aber beruft sich bei der Anfechtung dieser Verfügung (und offen-

---

[1]) Welchen Inhalt das *χειρόγραφον* des Sohnes hatte (bloße Bestätigung der früheren Schuld, fiktive *παραθήκη*, fiktives Darlehn oder was sonst), geht aus der Eingabe nicht hervor: für unsere Frage ist es unerheblich. — [2]) Allerdings ist hinter *χειρόγραφον* (19) eine Lücke: *[. .] . . ν*, aber für *δεδημοσιωμένον* oder *ἐκμεμαρτυρημένον* reicht der Raum bei weitem nicht aus; und an eine Abkürzung ist nicht zu denken, weil beide Worte in der Mitte kein *ν* haben. — [3]) Vgl. hierüber Mitteis, Herm. XXX 577. 614 f.; Wenger, Rhist. Papyrusstudien 126; Gradenwitz, Einführung 35.

bar auch im Vorprozeß) keineswegs darauf, daß das χειρόγραφον nicht vor Gericht vorgebracht und von diesem nicht berücksichtigt werden dürfe, sondern er wendet lediglich ein, es sei ihm abgezwungen (20) und er sei zur Zeit seiner Ausstellung noch minderjährig gewesen und vom Gläubiger umgarnt (13), genieße also den Schutz des (p)lätorischen Gesetzes (21). Gerade diese Verteidigung zeigt deutlich, wie gefährlich ihm sein χειρόγραφον werden konnte.[1])

Wenn man diese Urkunden im Zusammenhang betrachtet, so läßt sich, wie ich glaube, die Ansicht, daß ein χειρόγραφον ohne Verlautbarung nicht vor Gericht vorgebracht werden konnte, nicht aufrechterhalten. Namentlich in den beiden zuletzt erwähnten Fällen wäre es ganz unverständlich, daß die durch rechtskundige Anwälte unterstützten Parteien weitere Verteidigungsmittel gegen das χειρόγραφον vorbrachten, wenn sie allen Streit durch dessen Zurückweisung hätten abschneiden können.[2]) Und ebensowenig geht es an, in allen den angeführten Fällen zu unterstellen, daß es sich um χειρόγραφα δεδημοσιωμένα gehandelt habe[3]), und daß dieser doch so wesentliche Umstand nur nicht hervorgehoben sei. Dazu wäre zum mindesten Voraussetzung, daß der Satz von der Unverwendbarkeit der bloßen Handscheine im Prozeß anderweit feststünde: er ist aber bloße Vermutung (S. 143).

[1]) Ich glaube nicht die Einwendung befürchten zu müssen, die Zulassung des χειρόγραφον in diesem Prozeß erkläre sich daraus, daß hier römisches Recht zur Anwendung kam (vgl. S. 144). Eine gesetzliche Norm, welche lediglich die χειρόγραφα von Peregrinen vor Gericht verwarf, ist doch gewiß nicht für Ägypten anzunehmen. Jedenfalls behandeln der Statthalter und die peregrinen Parteien in Flor. 61 das χειρόγραφον im Prozeß ebenso wie hier die Römer. — [2]) In Flor. 61 treten von beiden Seiten ῥήτορες auf, und im BGU. 378 hat der Legionär C. Iulius Agrippinus seine Kenntnis des plätorischen Gesetzes ohne Frage ebenfalls von irgendeinem νομικός. Gradenwitz (Festgabe für Koch 273) zieht die bekannte Bestimmung des preußischen Landrechts I 5, 131 zum Vergleich heran. Aber würde sich ein Anwalt, wenn der Kläger etwa eine Darlehnsforderung von 300 Talern durch Zeugen hätte beweisen wollen, darauf eingelassen haben, deren Glaubwürdigkeit zu bemängeln, statt sie einfach zurückzuweisen? — [3]) In der ptolemäischen Urkunde Rein. 7 um ein χειρόγραφον ἀναγεγραμμένον

4. War das *χειρόγραφον* nicht schlechthin vom Prozesse ausgeschlossen, so bleibt die Frage übrig, ob es dort dem *δημόσιος χρηματισμός* gleichstand, oder ob sich Verschiedenheiten nachweisen lassen. Eine abschließende Antwort läßt sich auf Grund unserer Quellen nicht geben, immerhin darf auf folgendes hingewiesen werden.

Die Beweisfähigkeit einer Urkunde hängt in erster Linie davon ab, ob sie echt und unverfälscht ist. Bei Privaturkunden muß die Echtheit, wenn sie bestritten ist, von dem bewiesen werden, der sich auf sie beruft. Das war Grundsatz des römischen Rechts[1]), es gilt ebenso im heutigen Recht.[2]) Und es muß so sein, weil sonst Fälschungen Tür und Tor geöffnet wären. Auch für das griechisch-römische Ägypten kann darüber kein Zweifel bestehen, wenn auch der Satz nicht direkt überliefert ist.[3])

Öffentliche Urkunden haben die Vermutung der Echtheit und Unverfälschtheit für sich.[4]) Mit Recht bemerkt Koschaker[5]), er sehe keinen Grund, dies nicht auch für den *δημόσιος χρηματισμός* Ägyptens anzunehmen. Vielleicht kann man die allgemeine Erwägung auch durch ein Quellenzeugnis stützen. In einem Edikt des Statthalters Valerius Eudaemon vom J. 142 (Oxy. 237, VIII 13ff.) wird ausgeführt, daß der Beklagte, wenn er die Schuldurkunde, auf Grund deren er

---

[1]) Nachweise bei Bethmann-Hollweg II 600f., III 281 ff. — [2]) Deutsche CPO. 439ff.; Öst. CPO. 312ff. — [3]) Der Beweis wird erleichtert, wenn die Privaturkunde eigenhändig vom Aussteller geschrieben oder unterschrieben ist, weil dann Schriftvergleichung möglich ist; noch mehr, wenn bei der Abfassung der Urkunde Zeugen zugezogen sind. Vor Verfälschung sichert der Verschluß durch Siegel. Die Gewähr der Echtheit steigt, wenn die Urkunde durch einen Privatnotar aufgenommen wird, der wie die Tabellionen (*συμβολαιογράφοι*) staatlicher Aufsicht untersteht. Solche Beweissicherungen und -erleichterungen, für welche die Rechtsgeschichte Ägyptens von der ptolemäischen bis zur byzantinischen Zeit Beispiele bietet, lassen wenigstens einen indirekten Schluß auf die oben behauptete Beweispflicht dessen, der die Urkunde im Prozeß vorlegt, zu. Um dem Gläubiger ein besseres Beweismittel zu bieten, verpflichtete sich auch der Aussteller der Quittung BGU. 260 dem *χειρόγραφον* auf Wunsch des Pächters eine *ἑξαμάρτυρος ἀποχή* zur Seite zu stellen. — [4]) Bethmann-Hollweg III a. a. O.; Deutsche CPO. 437; Öst. CPO. 310. — [5]) Z. Sav. XXIX 12, zustimmend Preisigke, Girowesen 292f. 295.

belangt sei, als gefälscht anfechten wolle, diese seine Verteidigung unverzüglich vorbringen und sofort ein Strafverfahren einleiten müsse (14), in dem er die Fälschung nachzuweisen habe (17).[1]) Damit ist dem Beklagten mittelbar auch für den Schuldprozeß der Beweis auferlegt. Wenn aber nicht der Beweisführer die Echtheit der Urkunde, sondern der sie bestreitende Teil ihre Unechtheit zu beweisen hat, so spricht alles dafür, daß der Präfekt in seinem Edikt öffentliche Urkunden vor Augen hatte und daß bei diesen die Vermutung für die Echtheit sprach.

Es fragt sich, wie es in dieser Hinsicht mit dem *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* und *ἐκμεμαρτυρημένον* stand.

Die *δημοσίωσις* sicherte dadurch, daß bei ihr eine urschriftliche Ausfertigung des Handscheines in amtliche Verwahrung genommen wurde, diese jedenfalls vor Verfälschungen. Aber man erstrebte mehr. Wie schon hervorgehoben (S. 115), mußte der Gläubiger eidlich erhärten, daß die eingereichte Urkunde eigenhändig vom Aussteller geschrieben oder daß sie von ihm oder seinem Schreibvertreter unterschrieben sei. Daß damit eine Gewähr für die Echtheit der Urkunde erreicht werden sollte und in der Tat auch in erheblichem Maße gewonnen wurde, liegt auf der Hand. Aber ausgeschlossen war es nicht, daß eine Fälschung zur Verlautbarung gebracht wurde. Der Gläubiger, der sich im Prozeß auf die Urkunde berief, mußte also gewärtigen, daß der Gegner die Echtheit bestritt und ihn damit zum Beweise nötigte. Denn daß die Verlautbarung, bei welcher nach allem, was wir wissen, der Aussteller gar nicht mitwirkte, die Vermutung der Echtheit in gleicher Weise begründet hätte wie die im Einverständnis beider Teile vor dem Notar erfolgte Errichtung einer Urkunde, ist trotz des Eides des Gläubigers schwerlich anzunehmen.[2])

Gab es aber kein Mittel hier Sicherheit zu schaffen und die mangelnde Anerkennung der Urkunde seitens des Ausstellers nachträglich herbeizuführen? Wir wissen, daß die

[1]) Näheres s. bei Mitteis, Arch. f. Pap. I 181 f. Zu vergleichen ist jetzt die in mancher Hinsicht parallele Anfechtung von Zeugenaussagen in Hal. 1, 24 ff. — [2]) Koschaker, Z. Sav. XXIX 12 f.; Mitteis, Grundz. 51, vgl. P. Leipz. I S. 36.



einzelnen Akte des ebenfalls vom Gläubiger einseitig betriebenen Mahn- und Vollstreckungsverfahrens dem Schuldner durch formelle Zustellung der betreffenden Urkunden und Verfügungen zur Kenntnis gebracht wurden und daß dieser ihre Wirkung durch seinen Widerspruch (*ἀντίρρησις*) hemmen konnte.[1]) Ein Widerspruch, der lediglich gegen eine *δημοσίωσις* eingelegt wäre, ist bisher in unseren Texten nicht bekannt geworden. Dagegen enthält Oxy. 719, 3ff. eine vom Erzrichter angeordnete Zustellung des vollzogenen Aktes an den Aussteller des *χειρόγραφον*.[2]) Außerdem bieten BGU. 231, 1f. und Flor. 40, 1ff. Spuren eines vom Erzrichter herrührenden Vermerkes, von dem man nach Maßgabe der vorigen Urkunde vermuten darf, daß er ebenfalls einen Zustellungsbefehl enthielt, obwohl die starke Verstümmelung der Urkunden Zweifel übrig läßt.[3]) Auch in BGU. 983, 10 wird einer mit

---

[1]) Es darf als sicher gelten, daß dieser Widerspruch an Ausschlußfristen gebunden war. Das ergibt sich aus der Wendung *μηδε]μιᾶς μοι διευλυτήσεως μηδ[ὲ] ἀντιρρήσεως γενομ(ένης) ἐνεχυράζω* (Leipz. 120, 12; vgl. BGU. 1038, 22f., ergänzt von Mitteis, Chrest. II 240), welche voraussetzt, daß der Widerspruch jetzt ausgeschlossen war. Vgl. Oxy. 712, 18, wo vielleicht gesagt war, daß längere Zeit, als das *πρόστ[αγμα* (vgl. BGU. 1038, 18; Flor. 56, 10) forderte, verstrichen war. Betreffs der Länge der Frist ist zu beachten, daß in Leipz. 120 die Zustellung des *διαστολικόν* am 16. Dez. 88 erfolgt war (10f.), während die vorliegende Abschrift des Gesuches um Vollzug der Pfändung vom 3. Feb. 89 datiert ist (1). Vgl. zur Sache Schwarz, Hypothek und Hypallagma 89, 2. 95; Mitteis, Grundz. 127, und über den Widerspruch überhaupt die oben S. 107, 3. 4 angeführte Literatur. — [2]) BGU. 578, 1—9 darf hier nicht angeführt werden, weil in diesem Stücke mit dem Gesuch um *δημοσίωσις* zugleich ein Zahlungsauftrag verbunden ist, der, um wirksam zu werden, notwendig der Zustellung bedurfte. Daß auch Oxy. 719, dessen Ende verloren ist, in ein Mahnverfahren ausgelaufen und deshalb die Zustellung verfügt sein sollte, ist nicht anzunehmen, weil es sich in dem verlautbarten *χειρόγραφον* nicht um eine außenstehende Schuld, sondern um einen Kaufvertrag handelt, dessen Leistungen von beiden Vertragsteilen bereits vollzogen sind. Vgl. über die Frage der Zustellung des *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον* Koschaker, Z. Sav. XXIX 13f.; Preisigke, Girowesen 298; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 86, 1; Mitteis, Chrest. II S. 247, 1; Vitelli, P. Soc. Ital. I S. 178; Lewald, Z. Sav. XXXIII 631, 1. — [3]) Ausgeschlossen ist übrigens auch bei BGU. 231 nicht, daß mit dem Gesuch um *δημοσίωσις* wie in BGU. 578 zugleich die Einleitung eines Mahnverfahrens verbunden war.

Zustellung verbundenen *δημοσίωσις* gedacht.[1]) Andrerseits bieten Leipz. 10, Oxy. 1200, 9—52 und, wie es scheint, auch BGU. 455 nur das Gesuch an den Erzrichter ohne irgendwelche Notiz über dessen Erledigung. Wir müssen also damit rechnen[2]), daß die Zustellung keine allgemeine Regel, sondern daß sie dem Gläubiger anheimgegeben war. Die Wirkung der Verlautbarung hing, anders als beim Mahnverfahren, nicht von der Mitteilung des Aktes an den Aussteller ab. Für uns genügt es festzustellen, daß die Zustellung auch bei der *δημοσίωσις* möglich war und daß sie tatsächlich vorgekommen ist. Dann aber konnte sie schwerlich bloß den Zweck haben, dem Aussteller Kenntnis von dem Vorgang zu geben, die er hätte stillschweigend hinnehmen müssen. Was wir über das Mahn- und Vollstreckungsverfahren wissen, drängt entschieden zu der Annahme, daß ihm, da er an der *δημοσίωσις* selbst nicht beteiligt war, ein Widerspruch wenigstens in betreff der Echtheit des Handscheines offenstand. Treffen die vorstehenden Erörterungen das Richtige, so überhob die Verlautbarung den Gläubiger noch nicht der Verpflichtung, nötigenfalls die Echtheit des *χειρόγραφον* zu beweisen. Wohl aber gab ihm die Zustellung ein Mittel an die Hand, den Schuldner zu zwingen, sich sogleich über die Urkunde zu erklären, so daß einer späteren[3]) Anfechtung der Echtheit der Boden entzogen wurde, sei es daß sie überhaupt ausgeschlossen war, sei es daß sie wenigstens an Glaubhaftigkeit verlor und so dem Gläubiger den Beweis erleichterte.[4])

---

[1]) Hinter *μ[ε]τ[α]δούσης* ist eine Lücke, so daß die Möglichkeit bleibt, daß noch ein *διαστολικόν* erwähnt war, auf das sich die *μετάδοσις* bezog. — [2]) Möglich ist auch, daß in den genannten Urkunden, von denen jedenfalls der in das Gesuch um *προσφώνησις* eingeschobene Akt der *δημοσίωσις*, vielleicht auch die beiden anderen nicht urschriftliche Ausfertigungen, sondern Abschriften sind, die auf die Zustellung bezüglichen Stücke weggelassen sind. — [3]) Eine Frist wäre für diesen Widerspruch geradeso wie bei dem gegen das *διαστολικόν* oder die *ἐνεχυρασία* anzunehmen. — [4]) War die Zustellung unterblieben, so konnte der Schuldner selbstverständlich, wenn ein Mahnverfahren gegen ihn eingeleitet wurde, in seinem Widerspruch gegen den Zahlungsauftrag noch immer die Echtheit des zugrunde liegenden *χειρόγραφον* bestreiten. Wie wenig die Zustellung notwendig war, zeigt die Tat-

Schließlich die *ἐκμαρτύρησις*. Bei ihr wurde das *χειρόγραφον* in einem *δημόσιος χρηματισμός* bestätigt, und es kann nicht bezweifelt werden, daß für diese öffentliche Urkunde die Vermutung der Echtheit ebenso sprach wie für jede andere. Aber wie stand es mit dem *χειρόγραφον*, das ja neben der öffentlichen Urkunde in Geltung blieb (S. 130)? Es wurden oben (S. 135f.) zwei Formen der *ἐκμαρτύρησις* unterschieden, von denen ich glaubte, die eine als die ältere, die andere als eine jüngere Erscheinung auffassen zu dürfen. Da bei der ersteren die öffentliche Urkunde durch Erklärung von Partei zu Partei vor dem Amt errichtet wurde und da hierbei der Aussteller des *χειρόγραφον* erklärte, daß er diesen seinen Schein, also vor allem seine Echtheit „bezeuge“, so darf man annehmen, daß damit der öffentliche Glaube des *δημόσιος χρηματισμός* auf das *χειρόγραφον* erstreckt war. Freilich nur auf das der *ἐκμαρτύρησις* unterzogene *χειρόγραφον*, und gerade der Punkt konnte in einem Prozeß streitig sein, ob die jetzt vorgelegte Urkunde die ehemals bestätigte sei. Die Frage war gegenstandslos, soweit der Handschein seinem Inhalt oder Wortlaut nach in die öffentliche Urkunde aufgenommen war. Aber wir erfahren aus Oxy. 95, daß das nicht immer in vollem Umfange geschah. Es wäre wichtig zu wissen, ob man vielleicht den Handschein bei der *ἐκμαρτύρησις* durch öffentliche Verwahrung sicherstellen konnte. Unsere Quellen berichten davon erst im dritten Jahrhundert, und hier wird die Hinterlegung nicht von beiden Teilen, sondern durch den Gläubiger allein vorgenommen. Dieser Punkt bleibt also vorläufig im dunklen. Im allgemeinen wird man auch hier annehmen müssen, daß die Echtheit einer Privaturkunde im Prozeß von dem bewiesen werden mußte, der sich darauf berief.

Die andere (jüngere) *ἐκμαρτύρησις* geschah einseitig durch Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Notariat (S. 135) und war in den uns bekannten Fällen mit der Einreichung der Urkunde zur öffentlichen Verwahrung verbunden (S. 130ff.). Unsere Quellen bieten keinen Anhalt dafür, daß

---

sache, daß das Verlautbarungs- und Mahnverfahren zu einem Akt verbunden werden konnten (BGU. 578).

das Amt eine Prüfung des *χειρόγραφον* vornahm oder auch nur wie bei der *δημοσίωσις* einen Eid des Gläubigers über seine Echtheit forderte. Geschah, wie es nach Oxy. 1208 den Anschein hat, alles auf Verantwortung des betreibenden Gläubigers, so mußte dieser um so mehr die Echtheit des *χειρόγραφον*, das seiner *ἐκμαρτύρησις* zugrunde lag, wenn sie bestritten war, beweisen. Die *δημοσίωσις* in den alexandrinischen Archiven gab also, wenn auch keine absolute Gewähr für die Echtheit der verlautbarten Urkunde, so doch entschieden größere Sicherheit als die vom Gläubiger daheim vorgenommene *ἐκμαρτύρησις*. Auch das mag einer der Gründe gewesen sein, daß sie neben dieser fortbestand.

5. Von der Frage nach der Echtheit trennt die Prozeßrechtswissenschaft die nach der Beweiskraft, d. h. der Fähigkeit der echten und unverfälschten Urkunde die Wahrheit der in ihr bekundeten Tatsachen zu erhärten. Hierüber bieten unsere Quellen zwei Aussprüche: der eine stammt aus der Eingabe der Dionysia vom J. 186 (Oxy. 237, VII 18): *οὐδενὶ ἐφεῖται λέγειν πρὸς τὰ ἑαυτοῦ γράμματα*, der andere aus einer Eingabe des dritten Jahrhunderts an einen Epistrategen (Oxy. 70, 4 f.): *πᾶσα κυ[ρί]α ἔνγραφος συναλλαγὴ πίστιν καὶ ἀλήθ[ειαν ἔ]χει*. Dürfte man glauben, daß bei diesen Stellen an öffentliche Urkunden gedacht war, so würden sie dasselbe sagen, was nach heutigem Recht über deren Beweiskraft gilt, daß sie nämlich vollen Beweis des durch die Behörde oder den Notar bekundeten Vorganges erbringen.[1]) Das ist nun allerdings bei der ersteren Stelle anzunehmen, denn die Gesuchstellerin spricht vorher von *συγγραφαί*, welche der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* eingereicht sind (VII 17, vgl. VIII 34 f.). Die Darlehnsklage in Oxy. 70 aber stützt sich auf ein *χειρόγραφον δ[ημοσ]ι[ω]θέν*, das demnach hinsichtlich seiner Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gleichzustellen wäre. Gerade das aber muß Bedenken erregen. Denn wenn es auch in hohem Grade wahrscheinlich ist, daß die öffentliche Urkunde im Altertum ebenso wie heute volle Beweiskraft hatte, so liegt doch kein innerer Grund für die An-

---

[1]) Deutsche CPO. 415; Öst. CPO. 292. Vorbehalten ist der Gegenbeweis der unrichtigen Beurkundung.

nahme vor, daß die Verlautbarung als solche, sei es durch *δημοσίωσις*, sei es durch *ἐκμαρτύρησις*[1]) dem Handschein einen höheren Beweiswert verschaffen konnte.[2]) Überhaupt ist es, wie schon öfter hervorgehoben wurde[3]), bei der ganz allgemeinen Fassung jener Aussprüche, zumal es sich um Äußerungen von Parteien in ihren Prozeßschriften handelt, bedenklich, sie zu sehr beim Wort zu nehmen. Es wird also wohl hinsichtlich der Beweiskraft der Privaturkunde das gleiche gegolten haben, wie im römischen und modernen Recht.[4]) Ist sie echt und unverfälscht, so steht zwar fest, daß die darin enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller herrühren: ob dieser aber Wahres oder Unwahres niedergeschrieben hat, das zu erforschen ist Sache der freien richterlichen Beweiswürdigung. Und damals wie heute wird der Richter den Aussagen einer Partei, welche ihr nachteilige Geständnisse und Zusagen enthalten, größeren Wert beigelegt haben als solchen, mit welchen sie Vorteile für sich in Anspruch nimmt oder dem Vertragsgenossen Pflichten aufbürdet.[5])

---

[1]) Die *ἐκμαρτύρησις* natürlich abgesehen von den durch den Aussteller in die öffentliche Urkunde übernommenen Bestimmungen des *χειρόγραφον*. — [2]) Hierfür genügt die Verweisung auf Mitteis, Grundz. 51 f. — [3]) Rabel, Z. Sav. XXVIII 336, 4; Koschaker, ebenda XXIX 11 f. — [4]) Vgl. oben S. 144, 2; Deutsche CPO. 416; Öst. CPO. 294. — [5]) Vgl. z. B. Amh. 87, 18 ff.; Flor. 41, 21 f. 85, 15. 21 ff. 101, 3. 5. 7; Soc. Ital. 38, 12; Rein. 43, 14 ff.; Oxy. 731, 7 f. 10.

VI.

Traditio ficta.[1]

Von

Herrn Professor **Salvatore Riccobono**
in Palermo.

[Fortsetzung von Bd. XXXIII S. 259 sq.]

Cap. III.

L'instrumentum donationis nel diritto dell' Impero avanti Costantino.

35. Nel capitolo che precede abbiamo osservate le applicazioni più importanti della traditio ficta nel trasferimento della proprietà a causa di donazione. Ma sul proposito è bene indugiare alquanto, prima di procedere avanti nel l'indagine; perchè, se i casi esaminati costituiscono il nucleo centrale della dottrina, d' altra parte, giusto nella materia delle donazioni, si sono addotti dei rescritti certamente genuini per provare il riconoscimento del passaggio del possesso e della proprietà senza la tradizione delle cose donate, che sarebbe avvenuto nel diritto dell' Impero nel corso del secolo III. Onde è necessario in questo luogo sgombrare il campo da interpretazioni di passi che si ritengono oggi infallibili, e sono certamente false; affinchè la dimostrazione possa nel seguito assumere un carattere generale e più preciso ed insieme un andamento sicuro.

E incomincio dal dire che avanti Giustiniano in nessun momento fu ammessa efficacia costitutiva al documento per sé, e meno poi in ordine al trasferimento del possesso e della proprietà.

---

[1]) Per cortesia della Direzione della Z. ho potuto rivedere il ms. che aveva consegnato nel Luglio 1912, ed introdurvi qua e là mutamenti ed aggiunte, che hanno reso inservibili i richiami ai numeri del cap. III in poi, fatti nella parte che precede.

Il lato positivo di questa affermazione non ha bisogno di un particolare esame, perchè si fonda su elementi notissimi, diffusi in tutte le fonti, comprese le giustinianee; ed in secondo luogo, poi, la necessità della traditio effettiva per il mutamento del dominio discende da un principio fondamentale, dalla stessa concezione materiale della proprietà, che ebbero i Romani, per cui nessuna eccezione è ammissibile. Ne segue che nei trasferimenti per atti inter vivos non vi è acquisto di dominio se la cosa non è pervenuta comunque in potere dell' acquirente; e questo è vero nella donazione come nella vendita, nella divisione come nella costituzione di dote, e poi nella permuta, nella società, nel mutuo ed in generale per qualsiasi causa di alienazione.[1])

---

[1]) Giova qui pure riferirsi ad alcune testimonianze che vengono da scrittori non giuridici e sono singolarmente significative. — La necessità della traditio è espressa da Varro r. r. II 2, 5: si non tradet; e con maggiore determinatezza è presupposta nel noto passo II, 1, 15. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere; neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. — Seneca rappresenta plasticamente il significato di 'dare', e si esprime così: dare aliquid; a se dimittere est et id quod tenueris habendum alteri tradere: de benef. V, 10. — Un passo di Catone ha dato luogo a dubbi in proposito, senza motivo: Cato de agri colt. 146: ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto. Catone riporta in questo luogo la formula relativa agli invecta et inlata nel fondo locato, in forza della quale la proprietà di essi passa al domino del fondo, ove il colono li asporti; e si è voluto vedere appunto in questo caso acquisto della proprietà senza tradizione e senza alcun potere sugli oggetti. L'interpretazione mi sembra superficiale. Dacchè, lo stesso Catone dice nel passo che gli invecta et inlata sono legati da pegno [pigneris sunto], e per ciò, senza giungere al concetto dello immobilizzamento degli oggetti immessi nel fondo per la cultura, è certo che il dominus come conserva sul fondo locato ogni potere di fatto, così pure tutte le cose ivi esistenti si trovano in sua custodia. Questa decisione coincide sicuramente con quella attribuita a Proculo nel fr. 3 § 3 D. 41, 2; in cui si riportano opinioni dei veteres rispetto al tesoro ancora più ardite. Ma più tardi [v. fr. 3 § 13 cit.] il concetto della custodia fu determinato, ed è decisivo per il riconoscimento del potere di fatto su mobili. Se così è, l'acquisto degli invecta et inlata avviene in favore del domino del fondo, che li aveva in sua custodia; onde, ammesso pure che la formula riferita da Catone abbia origine greca [cfr. Rabel, Verfügungsb. p. 90 ed ivi cit.], è certo che nel mondo romano l'acquisto del dominio si veri-

L'eccezione veramente unica[1]) in Roma in favore della efficacia del documento dispositivo, si mostra in materia di obbligazioni con la *συγγραφή* e col *χειρόγραφον*, ed è espressamente indicata d' origine greca.[2])

36. Ma i romanisti e gli storici del diritto non hanno avuto più il coraggio di affermazioni così recise, fin da quando il Brunner additò un esempio, secondo lui certissimo, del valore dispositivo reale del documento in una costituzione di Diocleziano, dell' a. 285, che è del seguente tenore.

V. F. 297. Divi Diocletianus et Constantius Clodiae Juliae Ptolemaidi. Cum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisse nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit liberalitatem, quae non adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse.

Igitur ut quaestio, quae inter vos orta est, cognita causa comprimatur, a viva matre tua neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende. Proposita IIII. Non. Nov. Suneata Diocletiano Augusto II et Aristobulo conss.

Il testo offrirebbe, a dire di Brunner[3]), una testimonianza irrefutabile del documento dispositivo nel diritto imperiale; e l'affermazione divenne un domma immodificabile, che non ammette più discussione.[4]) Io contesto siffatta interpretazione del rescritto, e la ritengo sbagliata. Nè m' indugio ad accumulare prove in contrario, traendole dalla massa dei rescritti dioclezianei; perchè ciò sarebbe assai facile, quanto meno idoneo allo scopo.

Occorre, invece, fermarsi a rivedere il significato del rescritto; in cui bisogna tener distinte due parti: la relazione del fatto come è presentata da C. Giulia Tolemaide e la risposta imperiale.

La richiedente assume la invalidità della donazione fatta dalla madre sua alla nipote, per il motivo che l'instrumento non fu consegnato alla destinataria. Fin qui il Brunner ha ragione. Ed anche l'ignoto scoliaste, nella glosa apposta al

---

ficava in base alla lex contractus ed alla tradizione iniziale fatta pigneris nomine.

[1]) Mitteis, Reichsr. p. 468 segg. — [2]) Gai. III, 134. Ps. Asconio in Cic. in Verr. II, 1, 36. — [3]) Rechtsgesch. d. röm. und germ. Urkunde (1880) p. 61. — [4]) Rabel, Z. SS. 28 p. 344.

rescritto, si arrestò, evidentemente, alla sola relazione, da cui trasse la massima:

Donationem non adsignatis instrumentis non valere.

Ma tutto ciò serve a niente. La relazione della parte è solo un preliminare del rescritto, ed invece, per la cognizione dello stato del diritto, l'elemento unico che ha valore lo si deve ricercare nella decisione imperiale. È noto peraltro che nei rescritti e nei responsi, tante volte la decisione si svolge in una direzione diversa da quella prospettata dalla parte.

E Diocleziano consente, in primo luogo, su questo: che la invalidità della donazione non possa revocarsi in dubbio. Ma il rescritto si distende in più precise istruzioni, ed indica i capi che la parte deve provare in giudizio per comprimere la pretesa dell' avversaria. L'imperatore infatti soggiunge: che Giulia deve provare 'neque instrumenta neque possessionem traditam esse'. La decisione sta tutta qui; e qui si contiene il punto saliente per la cognizione del diritto in vigore in quel tempo. Or l' Imperatore richiama l'attenzione della parte su i due elementi necessari alla perfezione di qualsiasi donazione, vale a dire: a) la dichiarazione di volontà di fronte al destinatario, b) la esecuzione di essa mediante il trasferimento del possesso.

E così il rescritto applica semplicemente il diritto imperiale delle donazioni, notissimo da tutte le fonti classiche, e pur da quelle posteriori a Costantino, fino a Giustiniano. La donazione di cose mobili nec mancipi e di fondi provinciali si compie appunto con la sola traditio.[1]) Ne segue che il Brunner per arrivare alla sua conclusione ha dovuto svalorare le parole del rescritto 'neque possessionem traditam esse' che, secondo lui, conterrebbero soltanto il secondo elemento 'alternativo' da provare. L'errore della interpretazione sta appunto qui, perchè la prova richiesta dei due fatti è invece congiuntiva: neque — neque = *οὔτε* — *οὔτε* = weder-noch = nè-nè; onde è quella stessa frase, degradata dal Brunner, che annienta il supposto valore dispositivo del documento, che si disse accertato dal rescritto. Ma se il documento ha semplicemente valore probatorio, esso

[1]) V. F. 293, 315, 316.

presuppone, in ogni caso, l'esistenza della dichiarazione, per sè stessa; presuppone cioè negli atti inter vivos che la stessa sia pervenuta al destinatario.

Così il pensiero del decidente si manifesta bene individualizzato e nella sua piena efficienza.

E con ciò è dimostrato che la traditio instrumentorum ha in questo periodo una funzione assai semplice, quella medesima funzione che ha la consegna della epistula al destinatario, che è spesso ricordata nelle fonti classiche, a proposito della donatio. L'instrumentum può essere già una epistula.[1]) La quale se non è emessa, non può dirsi che esista una dichiarazione di volontà. Per la sua efficacia inoltre si richiede la tradizione delle cose donate.[2]) Il fr. 48, D. 41, 2 di Papiniano offre un perfetto riscontro in ogni senso. Così pure il fr. 77 D. VI. 1, di Ulpiano, in cui la tradizione venne effettuata per constitutum possessorium, come sempre si è ritenuto. Il significato che il Brunner[3]) attribuisce a questi passi è, anche quì, sproporzionato. La decisione del nostro rescritto è quindi perfettamente intelligibile, ed è conforme a tutte le altre; richiedendo essa per la perfezione della donazione la tradizione effettiva delle cose donate.[4]) La frase 'donatum et traditum' è stereotipa nelle fonti giuridiche[5]), e ritrae appunto i due elementi essenziali per la perfezione di donazione di res nec mancipi fino a Giustiniano; cui nel nostro testo corrisponde l'altra: 'instrumenta . . . . . . et possessionem traditam esse'.

Ed un altro punto del rescritto ha grande importanza. L'Imperatore dice che la donazione 'non adsignatis instrumentis minime coepta est'. La frase ritorna altrove, in un rescritto pure di Diocleziano, riportato in V. F. 293, dove si legge che la donazione 'cum et vacuae possessionis inductione celebrata . . . . . . perficiatur et, si hanc secutam post huiusmodi placitum non constet, manifeste nec coepta videatur'.

---

[1]) Cfr. Mitteis, Privatrecht I p. 293 N. 8. — [2]) Cfr. V. F. 263, 281. — [3]) O. c. p. 114, 123. — [4]) Questa interpretazione del rescritto era corrente prima del Brunner, cfr. Schilling, Inst. III p. 869 ed ivi citati; Francke, Zivil. Abh. I p. 57. — [5]) V. F. 293 in fine; fr. 135 § 3 D. XLV, 1; c. 13 C. VIII 53, cf. avanti c. II, b. n. 22; iscrizione prenestina del IV sec. rinvenuta di recente: Gatti Notizie degli Scavi, 1903 p. 575.

rescritto, si arrestò, evidentemente, alla sola relazione, da cui trasse la massima:

Donationem non adsignatis instrumentis non valere.

Ma tutto ciò serve a niente. La relazione della parte è solo un preliminare del rescritto, ed invece, per la cognizione dello stato del diritto, l'elemento unico che ha valore lo si deve ricercare nella decisione imperiale. È noto peraltro che nei rescritti e nei responsi, tante volte la decisione si svolge in una direzione diversa da quella prospettata dalla parte.

E Diocleziano consente, in primo luogo, su questo: che la invalidità della donazione non possa revocarsi in dubbio. Ma il rescritto si distende in più precise istruzioni, ed indica i capi che la parte deve provare in giudizio per comprimere la pretesa dell' avversaria. L'imperatore infatti soggiunge: che Giulia deve provare 'neque instrumenta neque possessionem traditam esse'. La decisione sta tutta qui; e qui si contiene il punto saliente per la cognizione del diritto in vigore in quel tempo. Or l' Imperatore richiama l'attenzione della parte su i due elementi necessari alla perfezione di qualsiasi donazione, vale a dire: a) la dichiarazione di volontà di fronte al destinatario, b) la esecuzione di essa mediante il trasferimento del possesso.

E così il rescritto applica semplicemente il diritto imperiale delle donazioni, notissimo da tutte le fonti classiche, e pur da quelle posteriori a Costantino, fino a Giustiniano. La donazione di cose mobili nec mancipi e di fondi provinciali si compie appunto con la sola traditio.[1]) Ne segue che il Brunner per arrivare alla sua conclusione ha dovuto svalorare le parole del rescritto 'neque possessionem traditam esse' che, secondo lui, conterrebbero soltanto il secondo elemento 'alternativo' da provare. L'errore della interpretazione sta appunto qui, perchè la prova richiesta dei due fatti è invece congiuntiva: neque — neque = *οὔτε* — *οὔτε* = weder-noch = nè-nè; onde è quella stessa frase, degradata dal Brunner, che annienta il supposto valore dispositivo del documento, che si disse accertato dal rescritto. Ma se il documento ha semplicemente valore probatorio, esso

[1]) V. F. 293, 315, 316.



presuppone, in ogni caso, l'esistenza della dichiarazione, per sè stessa; presuppone cioè negli atti inter vivos che la stessa sia pervenuta al destinatario.

Cosi il pensiero del decidente si manifesta bene individualizzato e nella sua piena efficienza.

E con ciò è dimostrato che la traditio instrumentorum ha in questo periodo una funzione assai semplice, quella medesima funzione che ha la consegna della epistula al destinatario, che è spesso ricordata nelle fonti classiche, a proposito della donatio. L'instrumentum può essere già una epistula.[1]) La quale se non è emessa, non può dirsi che esista una dichiarazione di volontà. Per la sua efficacia inoltre si richiede la tradizione delle cose donate.[2]) Il fr. 48, D. 41, 2 di Papiniano offre un perfetto riscontro in ogni senso. Cosi pure il fr. 77 D. VI. 1, di Ulpiano, in cui la tradizione venne effettuata per constitutum possessorium, come sempre si è ritenuto. Il significato che il Brunner[3]) attribuisce a questi passi è, anche quì, sproporzionato. La decisione del nostro rescritto è quindi perfettamente intelligibile, ed è conforme a tutte le altre; richiedendo essa per la perfezione della donazione la tradizione effettiva delle cose donate.[4]) La frase 'donatum et traditum' è stereotipa nelle fonti giuridiche[5]), e ritrae appunto i due elementi essenziali per la perfezione di donazione di res nec mancipi fino a Giustiniano; cui nel nostro testo corrisponde l'altra: 'instrumenta ...... et possessionem traditam esse'.

Ed un altro punto del rescritto ha grande importanza. L'Imperatore dice che la donazione 'non adsignatis instrumentis minime coepta est'. La frase ritorna altrove, in un rescritto pure di Diocleziano, riportato in V. F. 293, dove si legge che la donazione 'cum et vacuae possessionis inductione celebrata ...... perficiatur et, si hanc secutam post huiusmodi placitum non constet, manifeste nec coepta videatur'.

---

[1]) Cfr. Mitteis, Privatrecht I p. 293 N. 8. — [2]) Cfr. V. F. 263, 281. — [3]) O. c. p. 114, 123. — [4]) Questa interpretazione del rescritto era corrente prima del Brunner, cfr. Schilling, Inst. III p. 869 ed ivi citati; Francke, Zivil. Abh. I p. 57. — [5]) V. F. 293 in fine; fr. 135 § 3 D. XLV, 1; c. 13 C. VIII 53, cf. avanti c. II, b. n. 22; iscrizione prenestina del IV sec. rinvenuta di recente: Gatti Notizie degli Scavi, 1903 p. 575.

Vale a dire anche quando ci sia il 'placitum', cioè un consenso compiuto, la donazione, mancando la traditio, si ha come non iniziata. Il rescribente rileva nell' uno e nel l'altro caso la invalidità con la identica frase: manifeste nec coepta videatur; e nel nostro: minime coepta est. La forma qui conferisce alla decisione un rilievo particolare: esprime in modo incisivo che la volontà di donare acquista efficacia con la sua esecuzione; per le res nec mancipi e per i fondi provinciali con la tradizione delle cose. Prima di questo momento, ci sia o no il placitum, la donazione si ritiene per nulla iniziata.

Nè vi ha interesse di indagare se il rescritto fu indirizzato a persona vivente in paesi dell' Oriente o in qualsiasi altra provincia. La prima ipotesi è più probabile, anche per il cognome dell' adressata. La data topica, per altro, del rescritto è incerta: Suneata. Il Mommsen argomenta da elementi incerti che forse si riferisce ad un luogo della Pannonia o della Mesia.[1])

Ma quello che sopratutto importa è ormai accertato. L'instrumentum nel nostro caso può essere un chirografo, o più particolarmente una lettera, che di certo non ha valore dispositivo, reale. Esso contiene la dichiarazione di donare; la quale, anche se fosse compiuta, sarebbe per sè inefficace, se non seguita dalla tradizione effettiva delle cose donate. Che si tratti dell' instrumentum della stipulatio o della mancipatio, considerato già per sè come dispositivo, secondo la dottrina di Gneist e di Brunner, è da escludersi in modo assoluto.

Insisto su questo punto perchè deve essere qui posto fuori ogni dubbio. E dico che l'instrumentum ha, nel diritto dell' impero, valore soltanto probatorio; esso è tuttavia, come latore della dichiarazione di volontà, considerato, a volte, come essenziale nei rescritti. E cosi è nel nostro caso. Diocleziano dà ragione alla indotta provinciale, che indicava già come motivo della nullità della donazione la non avvenuta consegna dell' instrumento. Certamente. L'imperatore ne esige la prova, nella specie, per escludere pure l'esistenza del 'placi-

---

[1]) Gesamm. II p. 267.

tum', cioè dell' elemento iniziale del contratto di donazione, senza di cui 'minime coepta est'. E la funzione dell' instrumentum, nei termini qui dichiarati, è illustrata con la consueta eleganza e precisione da Papiniano, che ben conosceva l'uso della scrittura nelle provincie dell' Impero.

Il testo cospicuo è del seguente tenore:

77 § 26 D. 31 Pap. resp.

Donationis praediorum epistulam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et litteras tales ad aeditum misit 'instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo'; cum pluribus heredibus intestato diem suum obisset, intellegi fideicommissum filio relictum respondi: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.

Dal passo di Papiniano si desume, quel che per altro è elementare, che in contrapposto alle disposizioni fatte 'de supremis', quelle relative a negozi inter vivos esigono l'accettazione della persona cui sono dirette, perciò esse debbono, avanti tutto, pervenire al destinatario.

Paolo applica in D. 39, 5, 10 questo principio con somma naturalezza.[1]) Onde Diocleziano, in perfetta corrispondenza, decide che Giulia Tolemaide deve provare 'neque instrumenta neque possessionem traditam esse'.[2])

E pertanto quel testo di Diocleziano, che era, nei tempi a noi più prossimi, divenuto il punto più fermo della dottrina della ficta traditio, si arrende; ed in seguito alla interpretazione più accurata e più sobria qui svolta, esso diviene pure il punto da cui facilmente si disperde quella pretesa efficacia dispositiva del documento che si è voluta vedere, in un modo qualsiasi, vigente nel diritto dell' Impero già nel corso del secolo terzo.

---

[1]) Anche per questo motivo dunque la chiusa del testo: 'nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat': si manifesta interpolatizia; perchè donazione ed acquisto di proprietà non sono ammissibili senza che il beneficato ne abbia conoscenza. — [2]) È davvero peccato che altri passi dei V. F., come p. es. 252, 252[a], tratti pure dalla stessa opera di Papiniano, siano in sommo grado smozzicati.



38. Il testo vaticano ora esaminato, lucido ed insigne nella nostra materia, trova riscontro in molti altri passi delle fonti giuridiche, che ho già discusso in varii luoghi della presente trattazione.[1]) Ma in connessione immediata al medesimo è di vantaggio rivedere un rescritto di Probo, in cui parimenti doveva essere significata la irrilevanza del documento scritto a compiere la donazione, quando non fosse insieme trasferito al donatario il possesso delle cose donate. Il rescritto di Probo è assai lacunoso, e la restituzione fattane da Huschke, ed in modo diverso da Mommsen, viola quel principio fondamentale ora enunciato, che vigeva per il diritto delle donazioni.

La restituzione del Mommsen è la seguente:

V. F. 288. d. Imp. Probus Massiciae

indubitati iuris

est si quidem donaturam te quae[*dam dixisti neque apud acta instru*menta fecisti aut eundem cui d[*onabas dominum efficisti per rei cessionem* perfectam ac solam tibi p[*ossessionem retinuisti, eum rem eam vindicare sibi* non posse, quando apud te eius rei propr[*ietas mansit.*

Io giudico tra i tentativi di riempire le lacune del testo Vaticano, fatti dal Mommsen, l'esperimento ora riferito come il più barbaro e disastroso. E di certo nessuno potrebbe dire cosa si debba intendere con la frase: '*per rei cessionem*] perfectam'. Quando invece è sicuro che quell' aggettivo superstite nel ms., doveva collegarsi alla parola donatio, con cui si associa legittimamente in tutti i passi concernenti la materia. Inoltre la frase: '*apud acta*] instrumenta fecisti' non è classica, e piuttosto rivela una confusione tra l'instrumentum da una parte e la professio apud acta o la confectio gestorum o la insinuatio actorum dall' altra[2]), che si compiono in uffici amministrativi o giudiziari con ben altro valore. Ed ancora i periodi: neque . . . . . aut . . . . . se vogliono statuire una equazione tra l'instrumentum e la

---

[1]) Cfr. tutto il C. II ed in primo luogo la C. 1. Cod. 8, 53 sotto il numero 15; ed inoltre appendice I nel principio — [2]) Isidoro in B. 47, 1, 60 scolio 1° mette in raffronto le due categorie di atti: cfr. V. F. 268.

cessio rei perfecta (!) conducono su di una strada certamente falsa. Io confesso, per altro, che in questo punto la restituzione del Mommsen mi riesce oscura, ed è incerta: quella di Huschke invece è determinata, ma l'errore è patente. E per ciò, quantunque io ritenga che i testi lacunosi non dovrebbero mai riempirsi, quando la restituzione offre difficoltà così aspre, tuttavia nel caso presente mi pare necessario proporne una nuova, che sia meno astrusa e non così erronea.

Il testo di Probo doveva svolgersi nel modo seguente:

V. F. 288. Indubitati iuris est, si quidem donaturam te quae[*dam*, *huius rei tantum instru*menta fecisti, aut eundem cui d[*onabas in possessionem non induxisti, non esse donationem* perfectam ac solam tibi p[*robationem instrumentorum obici* non posse, quando apud te eius rei propri[*etas mansit.*

Cfr. V. F. 266ª C. 11 Cod. 8, 53; e per altre osservazioni, concernenti il seguito del rescritto, quanto scrissi avanti; Z. SS. 33 p. 290.[1])

E pertanto il rescritto ribadiva, come di solito, il principio romano in contrasto all' uso seguito nelle provincie orientali dell' Impero, dove, alla semplice confezione dello instrumento od a dichiarazioni fatte in ufficî amministrativi, si attribuiva efficacia traslativa del dominio, e di conseguenza forza costitutiva delle donazioni.

39. Ed il contrasto, che sappiamo così persistente, si riaffaccia negli stessi termini, ma più marcato nei V. F. 268.'

'Quaerebatur an, cum Seius filiam suam emanciparet et apud acta professus sit ei se donare fundum nec instrumenta donationis fecerit, an videatur professione actorum perfecta esse donatio: respondi, si neque mancipatio, neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse.'

Il passo è dello stampo consueto. La parte si preoccupa, come nel rescritto di Diocleziano, solo del mancamento dello instrumentum donationis, che contrappone alla professio apud acta; ed invece il giurista, sicuramente Papiniano, nel re-

---

[1]) Dove tuttavia i presupposti di fatto del rescritto furono da me, fuorviato dalla restituzione del Mo., erroneomente fissati. Si deve, invece, supporre che la donazione fu fatta mediante istrumento, senza tradizione delle cose.

sponso rileva i due ben noti elementi, i soli necessarii per il trasferimento del dominio e per compiersi la donazione, cioè la mancipatio e la traditio . .

40. Onde possiamo constatare che nei rescritti e nei responsi risuona viva e persistente la voce dei provinciali, che sono ignari delle forme romane, e pensano ed operano in conformità delle inveterate consuetudini locali. Perciò le loro domande combaciano sempre, per il pro come per il contra, circa il valore dispositivo degli instrumenta; ed in continuo contrasto le decisioni imperiali sono sempre coordinate fra loro e concordi negli stessi principî di fondo, nel dichiarare la irrilevanza per sè dell' instrumentum donationis.

Cap. IV.

Instrumentum e traditio nella donazione da Costantino a Giustiniano.

41. Per il periodo che da Costantino va a Giustiniano il dibattito tra gli scrittori si rende più vivace, perchè v'intervengono gli storici a frugare le origini degli istituti mediòevali; ma è pur vero che rispetto alla necessità della traditio corporalis per il trasferimento del dominio ogni contrasto o dubbio si è dimostrato vano.

Infatti, per quel che si riferisce alla donazione ci è noto il nuovo ordinamento di Costantino, che rese la tradizione ancor più determinata e solenne, esigendo che avesse luogo 'advocata vicinitate'.[1]) Ma egli dettò analoghe prescrizioni per la vendita in una legge forse del 337, riportata in V. F. 35, dove fra altro si ripete: 'neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur . . . . testificantibus vicinis omnia debeat quaerere *cet.*'

E non può essere dubbio che queste prescrizioni di stile greco[2]), per quanto riguarda la scrittura, si riferiscano

---

[1]) V. F. 249; cfr. il mio scritto nelle Mélang. Girard II p. 457 e seg. — [2]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 559.



pure alla solenne tradizione, che deve essere pubblicamente attestata.[1])

E Teodosio, Arcadio ed Onorio in una celebre costituzione del 394, in materia di contratto di suffragio, ribadiscono il principio che per il trasferimento di mobili si richiede 'traditio sola', e per gli immobili 'corporalis traditio' insieme alla scrittura pubblica; e soggiungono: aliter enim ad novum dominium transire non possunt, neque de veteri iure discedere.[2]) La conseguenza è significativa[3]); perchè dimostra luminosamente che la legislazione seguiva ancora con fermezza il principio romano della necessità della tradizione per il trasferimento del dominio.

E perciò è infondato ogni sospetto circa l'attenuazione o la degenerazione della traditio, che si sarebbe compiuta in questo o nel periodo immediatamente anteriore, quando invece noi la troviamo ora intensificata e circondata da solennità, quale mezzo certo e pubblico del passaggio del dominio; e ciò precisamente per il fatto che la forma della mancipatio, scomparsa dall' uso, nel corso del IV secolo[4]), veniva surrogata nelle leggi e nella pratica dalla traditio, e per gli immobili ancora dalla scrittura; l'una e l'altra in forma pubblica e solenne. Cotali prescrizioni quindi passano nelle leggi date dai Re Germani in territorio latino, perchè le stesse erano raffazzonate, sia pure barbaramente, con elementi tratti dai classici e dalle leggi degli Imperatori del l'ultimo periodo.

42. E perciò le ritroviamo nell' Editto di Teodorico.

51. Res mobilis . . . . . sola traditione largientis sit perfecta donatio . . . . .

52. Si vero praedium rusticum aut urbanum . . . . . . scriptura munificentiae etiam testium subscriptionibus roborata gestis municipalibus allegetur.

53. De traditione vero quam semper in locis secundum

---

[1]) Per la sollemnis traditio v. Schupfer, Rivista it. 39 p. 9 seg.; Naber, Mnemosyne vol. 24 p. 161. — [2]) C. Th. II 29, 2, cfr. Epit. Monachi. Epit. Aegidii (Lex r. Wisig. II 29 Haenel). — [3]) Naber, l. c. — [4]) Naber, Mnemos. v. 17 p. 394 seg. Riccobono, Mél. Girard, l. c. In deffinitivo non dice cosa diversa Collinet, Études hist. I p. 222 seg.

leges fieri necesse est ...... dummodo vicinis scientibus impleatur corporalis introductionis effectus.

Come il lettore vede queste norme si riferiscono appunto alla donazione.

La lex romana Burgund. poi, rispetto alla donatio ammette il passaggio della proprietà senza tradizione, per effetto della riserva di usufrutto:

XXII. Sciendum etiam, usufructuarias donationes sine traditione constare, quia ususfructus exceptio pro traditione compleatur.

Essa riproduce quindi la legge del 417 di Onorio e Teodosio: Th. VIII, 12, 8. Per la donazione di mobili esige 'sola traditio': l. c. 7.

Per la vendita prescrive:

XXXV, 2: Venditionem vero ex hoc maxime jus firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta *cet.*

Il che significa, che la celebrazione della traditio, attestata negli atti, deve, in ogni caso, agli effetti del passaggio della proprietà, essera seguita dalla apprensione reale del possesso.

43. E con il tenore delle leggi combaciano perfettamente le iscrizioni ed i documenti di questo periodo che si riferiscono a trasferimenti di proprietà; per donazione, vendita e per qualsiasi altra causa.

Una iscrizione del IV sec. rinvenuta di recente in Palestrina [1]) ricorda la donazione di fondi fatta ai collegi di Preneste da Elio Apollinare, e vi si fa menzione della traditio in questi termini: in fundum ss. et hortos comparatos supradicto modo pecuniae omnes collegiati inducti sunt.

La mancipatio come di solito vi è ignorata. [2]) Il possesso, che non può essere acquistato dal corpus, non potendo attribuirsi al Municipium [3]), viene acquistato dai singoli. [4])

Dei documenti di questo periodo conservati dai papiri ravennati dirò più oltre.

---

[1]) Gatti, Notizie degli Scavi 1903 p. 575; Cuq, Nouv. Revue hist. 28 p. 265; Mitteis, Z. SS. 25 p. 377. — [2]) Cuq, l. c. — [3]) Cfr. per ora D. 41, 2, 1 § 22. — [4]) Cfr. D. 50, 12, 3, 1 ... tradiderat rem municipibus.



44. Ma la verità ormai è manifesta. Eliminate le interpretazioni frettolose di alcuni passi genuini, che avevano aperta la via alle più arbitrarie affermazioni storiche, noi ritroviamo nelle fonti la più completa armonia su questo punto; e possiamo ritenere de avanti Giustiniano, veramente, per il passaggio del dominio fu sempre richiesta la traditio effettiva. Le eccezioni sono di carattere singolarissimo e confermano il principio. Esse per altro, come è noto, si manifestano con Costantino, la prima volta; il quale prendendo le mosse da un rescritto di Pio, aveva nella c. 4 Th. VIII, 12 sancito: che le donazioni da padre a figli erano perfette „nuda voluntate". E questo è il primo esempio del passaggio della proprietà col solo consenso, salvo, per altro, la confezione degli strumenti che per le donazioni si esigeva in ogni caso.[1]) La rivoluzione si iniziava così nel periodo bisantino. E per altro Costantino è celebrato come innovatore audace o turbatore di leggi.[2])

La stessa direzione segue la c. 8 Th. III, 5 dell' a. 363, dell' Imperatore Giuliano, che dichiara valida la donatio ante nuptias fatta alla sposa minorenne 'etiamsi traditionis sollemnitas defuisse videatur'. Teodosio e Valentiniano ribadiscono lo stesso principio, in forma più generale, prescrivendo che la donatio ante nuptias insinuata non richiede la necessità della tradizione; c. 13 Th. III, 5 .... de traditione utrum nuptias antecesserit an secuta sit vel penitus praetermissa minime perquiratur.[3])

La forma della legge ricorda qui la prescrizione di A. Pio, per quanto ci è dato raccoglierla dal testo V. 213. Ma la sostanza era diversa.[4])

---

[1]) Cfr. V. F. 249; C. Th. VIII 12, 5. — [2]) Cfr. Mitteis, Reichsrecht p. 548 seg. — [3]) Del resto la traditio era prima necessaria pur nella donatio a. n. La legge di Costantino V. F. 249, riguardava già 'universum donationis genus'. I. Gotofredo in Th. II 618, nota: 'inde apparet paulatim sub Theodosio Iun. traditionis necessitatem in donationibus obsolere coepisse. Quindi in questo periodo, la donazione alla sposa e la consecutiva costituzione in dote delle cose medesime, avvengono senza la consegna materiale: Cod. V 9, 5, Theodosio e Valent. a. 439 .... licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redingantur. Cfr. Nov. Theod. II 14, 1, 3. — [4]) Cfr. Riccobono, Mélang. Girard II p. 457 segg.

Di vero c'è questo, che tutte le innovazioni ora ricordate avevano schietto carattere di eccezioni, imperiosamente richieste dalle provincie ellenizzate dell' Impero, ridotte nel periodo dioclezianeo nella condizione più strana ed insopportabile che si possa imaginare, cioè quella di sentir ripetere ogni giorno che tutti gli atti di donazione, di costituzione di dote erano nulli, per mancanza delle forme romane. La deroga alle prescrizioni vigenti nel diritto Comune perciò si era manifestata urgente, ma fu ristretta, per quanto attiene la omissione della traditio, nell' ambito delle donazioni di famiglia; rispetto alle quali, per la comunanza di vita dei coniugi e dei genitori con i figli, la prova del possesso si rendeva difficile[1]), anzi di regola impossibile. Papiniano lo aveva riconosciuto dentro un limite rigoroso, in un responso cospicuo.[2])

E dagli stessi motivi fu determinata la legge di Onorio e Teodosio, che pareggiava alla traditio la retentio ususfructus, nei trasferimenti per causa di donazione o di dote.[3])

Or, come ho detto, tutte queste innovazioni si ricollegano evidentemente alla influenza delle consuetudini elleniche, dei paesi in cui la vita del diritto si svolgeva del tutto mediante la scrittura; e rappresentano in realtà il primo trionfo delle consuetudini provinciali sul diritto dell' Impero, l'inizio di quel grande rivolgimento che doveva compiersi appieno con Giustiniano, che sostitui l'istrumento, spesso richiesto come essenziale, a tutte le forme solenni e agli atti materiali del diritto romano. E le prime applicazioni tornano a vantaggio degli atti di liberalità, in primo luogo perchè sono i più frequenti nell' ambito della famiglia, ma pure perchè ora sono riguardati con speciale favore. La legislazione è sollecita di agevolare e incoraggiare l'uso migliore che può farsi dei beni, secondo gli insegnamenti cristiani. La liberalità omai è un dovere cristiano.[4])

---

[1]) La prova della traditio non può fornirsi che dimostrando la detenzione della cosa: Paolo S. V, X 1, 2: Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in iure quam in facto consistit; ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant. — [2]) V. F. 265. — [3]) C. 9 Cod. Th. 8, 12. — [4]) Cfr. Riccobono, Riv. di Diritto Civile III p. 42; Mélang. Girard II 466.

45. Nella legislazione di Giustiniano per altro vi è un' attestazione diretta ed esplicita per provare che il mutamento del diritto delle donazioni, in complesso, rispetto alla soppressione della traditio, fu soltanto effettuato da questo imperatore. E l'attestazione è veramente significativa, perchè è rappresentata da una decisione imperiale dell' anno 539 a proposito di una controversia che si agitava tra gli avvocati di Illiria, determinata da un caso pratico. Si trattava di una donazione fatta dal marito alla moglie senza la tradizione. Morto il marito la donna richiedeva agli eredi gli oggetti, in forza del principio della convalescenza delle donazioni tra coniugi, non revocate durante vita dal donante. Gli eredi opponevano la inesistenza della donazione, perchè non era stata eseguita, soggiungendo che la convalidazione presuppone che il donatario abbia in suo potere le cose. La divergenza tra i due punti di vista è, dunque, determinata con precisione. I sostenitori delle ragioni della donna dovevano richiamarsi certamente al nuovo diritto stabilito da Giustiniano; gli avversari, invece, al principio incontrovertibile fino a quel momento, quasi immediato, per cui la donazione si considerava inesistente senza la tradizione effettiva delle cose donate [1]), che poteva essere surrogata solo dalla retentio usufructus. Ed allora si spiegano agevolmente dubbi e controversie su questo proposito tra i disertissimi avvocati Illirici; dacchè la mole della compilazione giustinianea e la sua lenta diffusione dovettero opporre, particolarmente sull' inizio, aspre difficoltà alla conoscenza del nuovo diritto. L'Imperatore, per ciò, ricordando la sua riforma, risolve il dibattito con

---

[1]) Nel Codice è riportato lo stesso caso in un rescritto di Antonino: C. 3 Cod. V 16: Idem A. Epicteto: 'Donatio mancipiorum aliarumque rerum, quas tibi ab uxore tua [*donatas*] dicis, si modo suae potestatis, cum donaret, fuit [*vel patris voluntate id fecit*] et in eadem voluntate donationis usque ad ultimum diem vitae perseveravit, ex mea et divi Severi patris mei constitutione firmata est. [*Sin autem post mortem filiae facta est donatio a quondam socero tuo, etiam inter vivos ea perfici potuit.*'] Ma anche in questo rescritto, oltre le interpolazioni evidenti dei brani riprodotti qui in corsivo, dovette pure essere eliminata la menzione della mancipatio e della traditio, contenuta in un periodo presso a poco del seguente tenore: quas tibi [mancipationibus et traditionibus] ab uxore tua [translatas] dicis.

grande semplicità: la tradizione, egli dice, non ha importanza, perchè il donante, anche se non si obbligò nell' istrumento, è tenuto a compierla.

Ma per noi l'interesse della risposta imperiale consiste particolarmente nella motivazione che la illustra, la quale suona così: *οὐ γὰρ ἐπ' ἐξαπάτῃ οὐδὲ ἵνα γράμματα εἴη γυμνὰ τὸ γινόμενον, προσήκει πράττεσθαι συμβόλαιον.* Nov. 162.

La forza dell' istrumento appare qui in tutta la sua estensione. Non è più un semplice mezzo di prova. Non contiene soltanto la volontà di donare che costituisce il semplice inizio della liberalità. Ma esso è ora costitutivo e dispositivo insieme, opera cioè per sè tutti gli effetti giuridici, abbiano essi natura obbligatoria o reale. Le lettere scritte non sono *nude,* dice Giustiniano in forma vibrata: *γράμματα γυμνά*; non sono ombre, sibbene elementi per sè stessi produttivi degli effetti giuridici. Nella frase risalta tutta la nuova funzione della scrittura nel diritto di Giustiniano; il quale perciò rigetta con disdegno tutte le formole o i *verba* 'quae rerum effectus nullus sequitur.'[1])

46. Dopo questi rilievi, la conclusione si presenta spontanea. L'instrumentum che era in uso presso i Romani fino a Diocleziano ha esclusivamente forza probatoria. Nel diritto di Costantino rispetto alla donazione la scrittura fu richiesta ad solemnitatem nella stessa funzione della mancipatio del diritto quiritario; e parimenti, come la mancipatio, non può trasmettere per sè stessa la proprietà, se non è accompagnata dalla traditio corporalis.[2]) Ne segue che fino a Giusti-

---

[1]) Cod. 8, 53 [54] c. 37. Ed il contrasto con i principî fondamentali insegnati dai classici appare vivo nell' apprezzamento delle dichiarazioni e dei verba; Alessandro Severo [V. F. 266] dice all' opposto che la professio apud acta 'destinationem potius liberalitatis quam effectum rei continet'. — [2]) Gradenwitz, Einführung p. 103, scrive a proposito della mancipatio, che lo inducere in vacuam possessionem auf den sofortigen Erwerb des Eigentums nicht von Einfluß war; ma se questo è vero, lo si deve intendere cum grano salis; nel senso che la m. per sè stessa, nella sua forma originaria, era insieme un atto di appropriazione materiale della cosa, come restò sempre per i mobili [Gai. 1, 121]; e quando per gl' immobili si fece a meno della presenza della cosa, forse nel 1° sec. dell' Imp., la teoria del possesso mostrava già un grande sviluppo, fino al punto che il compratore si poté ritenere

niano, malgrado le parziali innovazioni di Costantino e dei successori, che hanno schietto carattere di favore e si giustificano pure in fatto, resta nell' Impero quasi illibata la concezione materiale della proprietà romana, che si manifesta nelle forme di trasmissione. Il diritto delle donazioni non era ancora sovvertito nei suoi principî fondamentali.

Tutto ciò si verifica, invece, con le riforme di Giustiniano, le quali, per quel che ci riguarda in questo luogo, mutarono essenzialmente il valore dell' istrumento, che ebbe ora forza dispositiva reale.

Cap. V.

Instrumentum dotale.

47. L'istituto della dote nella legislazione di Giustiniano è un composto di Diritto Romano e di elementi di origine greca.[1]) Questi ultimi, come è noto, vi prevalgono, si bene trasfusi nello schema romano. Ma un punto essenziale merita di essere collocato in maggiore evidenza, e riguarda l'importanza dello istrumento dotale, quale si manifesta per la prima volta nella compilazione di Giustiniano, e che perciò indusse i commissari ad operare frequenti trasformazioni nei testi antichi.

È noto invero che l'uso dell' istrumento dalle provincie orientali si diffuse pure in Roma fin dal secolo III.[2])

La menzione d'istrumenti dotali occorre in tutte le fonti[3]) ed è pure frequente nei passi dei Digesti e nei rescritti.[4]) Tuttavia nel Diritto dell' Impero la scrittura non ha valore per costituire la dote. L'affermazione degli Impp. Severo

---

che acquistasse il possesso per mezzo del mancipio dans. La dottrina di Celso del cosidetto const. poss. appare precisamente in questo momento. Cfr. inoltre c. VI n. 63. La proposizione del testo è fondata su Gai. II 204. V. inoltre il testo esaminato sotto il n. 47.

[1]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 230. — [2]) Bruns, Kl. Schr. II p. 135; Mitteis, o. c. p. 172, 517. — [3]) Cfr. Fr. Sinaitica 8. — [4]) Cfr. D. 26, 7, 43, 1 (Paolo); Cod. V, 11 c. 1; Cod. V, 15; c. 15 Cod. V. 12. Cfr. Cod. V, 15, 3 (Iustinianus): In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est.

ed Antonino: dotem *numeratio* non scriptura dotalis instrumenti facit è pienamente vera.[1])

Fino alla riforma dell' a. 428 di Teodosio II°, la dote non può costituirsi senza le forme solenni della mancipatio (traditio) stipulatio, dictio. Teodosio II° per primo abolì i verba solemnia ed ammise la validità della 'pollicitatio' per la dote[2]; e di poi nella legislazione di Giustiniano sopravviene il documento, che ha per sè efficacia costitutiva, nel senso che le dichiarazioni in esso contenute vengono a surrogare le forme solenni proprie alla costituzione dei vincoli obligatorî ed al trasferimento della proprietà; ed in particolare poi effettuano il passaggio del dominio sulle cose anche senza la tradizione. Alla luce di queste osservazioni storiche possiamo ben intendere un passo de' Digesti veramente difficile e assai dibattuto.

Fr. 16 D. 23, 5. Tryphon. XI disp. Si fundum, quem Titius possidebat bona fide [*longi temporis possessione poterat sibi quaerere*], mulier ut suum marito dedit [*in dotem*] eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit: nam licet lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem, non tamen interpellat [*eam possessionem, quae per longum tempus fit*], si ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito.

Alcuni punti del testo sono chiari e sono fermi. Avanti tutto, che la tradizione non ebbe luogo, anzi che non poté aver luogo, e tuttavia il marito ha l'actio in rem per rivendicare il fondo dal terzo possessore. Dunque, il marito è divenuto proprietario senza la tradizione, in forza dell' atto costitutivo di dote. Questo significato del testo giustinianeo è piano, ed ormai non sorprende. Però gli antichi interpreti vi si trovarono disorientati; e se alcuni giunsero ad ammettere, per l'evidenza delle cose, un acquisto del dominio sine

---

[1]) C. 1 Cod. V 15. E qui non interessa rilevare che la parola *numeratio* dovette essere inserita invece delle forme romane: mancipatio, traditio etc... e che probabilmente tutta l'introduzione del passo fu ridotta così dai compilatori. — [2]) Cod. Theod. III 13, 4.



possessione[1]); altri si attaccarono a tutti i mezzi possibili e vollero sottintendere un' utilis actio, ossia la cessione dell' actio fatta dalla donna al marito.[2]) Ma la giusta interpretazione del passo era già presso gli interpreti greci, precisa e diretta, senza espedienti, nel senso che ho dichiarato di sopra. Infatti in uno scolio dei Basilici si legge quanto segue:

B. 29, VI, 16 — *οὐκ αὐτὸν σωματικῶς τραδιτεύσουσα τὸν ἀγρόν, ἀλλ' ἐν τῷ προικῴῳ συμβολαίῳ καταγράψασα. δυνάμενος οὖν ὁ ἀνὴρ κινῆσαι κατὰ Τιτίου καὶ ἐκδικῆσαι τὸν εἰρημένον ἀγρόν, ἐρραθύμησε τούτου τοῦ μέρους.*

L'ignoto scoliaste, che peraltro si riconosce facilmente per un contemporaneo di Giustiniano dall' uso dei termini latini con flessione greca, dopo di aver riferito il caso nota espressamente che non vi fu tradizione, e che il passaggio del dominio si deve supporre avvenuto mediante l'istrumento dotale: *ἐν τῷ προικῴῳ συμβολαίω καταγράψασα.* Il verbo *καταγράφειν* esprime appunto e nell' uso antico e nei papiri greco-egizii la cessione del diritto da parte dell' alienante, e quindi il trasferimento della proprietà.[3]) Nei glossarii bilingui mancipatio corrisponde a *καταγραφή.*[4]) E perciò lo scoliaste come conseguenza del passaggio della proprietà soggiunge *δυνάμενος οὖν ὁ ἀνὴρ ...... καὶ ἐκδικῆσαι τὸν εἰρημένον ἀγρόν.* La congiunzione *οὖν* ha qui appunto il valore di ergo, ideo, itaque; e serve nello stile raccolto dei giuristi a trarre dai presupposti enunciati le conseguenze giuridiche, sia rispetto alla sostanza del diritto trasferito, sia rispetto alla legittimità dell' azione che ne deriva. Così nei contratti di vendita greco-egizii alla confessione dell' alienante (*ὁμολογία*) d'aver venduto (*πεπρακέναι*) e d'avere ricevuto il prezzo [*καὶ ἀπέχειν τιμήν*] segue immediatamente l'enumerazione delle facoltà conferite all' acquirente, es: *κρατεῖν οὖν*

[1]) Glossa ad h. l. — [2]) Glossa l. c.; Vinnio Inst. 2, 1, 40 (p. 215): Unus locus est, quo praecipue moventur qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, l. si fundum D. de fundo dot.; Vinnio elimina la difficoltà con la cessione dell' actio. — [3]) Cfr. specialmente: Gradenwitz, Einführ. p. 54, 104; Partsch, Z. f. H. R. v. 70 p. 450; Mitteis, Grundzüge p. 176. — [4]) Corpus Gloss. latin. ed. Goetz et Gundermann; Gradenwitz o. c. 104.

(ideo) *σὲ καὶ κυριεύειν καὶ ἐξουσίαν ἔχειν κτλ.*[1]), e nei responsi dei giuristi e nei rescritti imperiali cotal ligamento tra i presupposti e le conseguenze giuridiche è normale.[2])

Non è quindi dubbio, secondo la precisa illustrazione dello scoliaste, che nel passo giustinianeo si suppone avvenuto il passaggio della proprietà in virtù della praescriptio nell' istrumento dotale, senza la tradizione. Questa interpretazione è per ogni verso proporzionata al testo latino che lo scoliaste sa leggere con sicurezza. Cosa peraltro naturalissima; dacchè noi sappiamo ora dai papiri greco-egizii che la dichiarazione contenuta nell' istrumento — sia pure in una particolare forma di documenti — costituiva il vincolo obbligatorio ed operava direttamente il passaggio della proprietà[3]); e sappiamo, inoltre, che questo sistema, spesso per via di espedienti, fu pure adottato da Giustiniano nella sua Codificazione. E così le fonti latine ed i documenti greco-egizii si illuminano a vicenda; ed i concetti e la significazione delle parole si chiariscono e si determinano.

48. Ma le difficoltà sono maggiori ove si voglia tentare la restituzione del testo originario. Il Lenel[4]) segnò come interpolatizio il periodo: *longi temporis possessione poterat sibi quaerere,* e poi l'altro: *eam possessionem quae per longum tempus fit,* invece di 'usucapionem'; le quali aggiunte e varianti sono sicurissime. Di più io ritengo che al posto di '*dedit in dotem*' si leggeva: dotis nomine mancipio dedit. La quale mancipatio, fatta come d'uso in assenza del fondo[5]), non fu seguita dalla traditio, che era necessaria all' acquisto del dominio.[6]) Onde per costituirsi il fondo in dote la donna dovette contemporaneamente fare il marito procurator in rem suam.[7]) Ciò avveniva di frequente, come si vede dai riferi-

[1]) BGU. 71 l. 16 (a. 189 d. C.); cfr. P. Strassb. I. 29 col. II l. 40 a. 289 d. C. (divisione d'eredità). — [2]) Cofr. c. 1 Cd. VIII 53: D. 13, 7, 40, 1, V. F. 296, 332. — [3]) Cfr. invece d'altri Mitteis, Partsch ll. cc. Ferrari, I documenti greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale, 1910, cfr. p. 64 n. 1 e passim. — [4]) Pal. II p. 336. — [5]) Gai. 1, 122. — [6]) Gai. II 204: mancipio dare .... possessionemque tradere debet. — [7]) Menzione della procura della donna al marito occorre spesso: Consult. III, 1; VIII, 1, 2; ma Costantino [Cod. II, 13, 21] autorizza il marito ad esercitare le azioni della donna citra mandatum; e Giustiniano poi [Cod. V, 14, 11] ammise in generale che il marito

menti in atti dotali. Nel caso di conferimenti di crediti in dote si ricorreva appunto alla procuratio come al mezzo pù semplice.[1]) Per essa si effettuava la costituzione di dote; perchè se il marito non era perciò stesso divenuto ipso iure creditore o proprietario delle cose — il che era necessario per l'esistenza della dote[2]) — tuttavia egli era 'sostanzialmente' investito del diritto, avendo in suo potere l'actio.[3]) Forse si applicava anche in questo caso il principio: is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur.[4]) E per altro ciò fu riconosciuto espressamente nel caso che la donna si fosse costituito in dote un credito che aveva verso il marito. Il quale può senz' altro difendersi con una exceptio contro la donna, e perciò il credito è divenuto dotale; così opina Ulpiano (34 ad Sab.) fr. 12 § 2 D. XXIII, 3 ..... dotis actione scilicet eam agere posse existimo: licet enim ipso iure priore debito liberatus non sit, sed tamen exceptionem habere potest.

E pertanto non c'è difficoltà ad ammettere, che Trifonino abbia ritenuto come dotale il fondo posseduto da un terzo, che la donna potè mancipare ma non 'tradere' al marito. Onde egli non ne acquistò la proprietà, ma lo ebbe in dote senza dubbio, in forza della procura. Ciò si desume dal seguito del passo in cui si applica la lex Iulia che vieta appunto l'alienazione del fondo dotale[5]); e si desume inoltre dalla frase 'periculi sui fecit' che presuppone il carattere dotale del fondo[6]), donde la responsabilità del marito per la restituzione. E la proporzione è perfetta; perchè la donna colla mancipatio, seguita dalla procuratio, aveva conferiti al marito tutti i poteri che aveva sul fondo. In proposito va notato pure quell' inciso contenuto nelle parole 'pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem' che esprime già, direttamente, che

---

possa esercitare le azioni che competono alla donna, senza cauzione, quando si tratti di crediti rilasciati al marito come parafernali 'et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum'.

[1]) Fr. 49 pr. D. 24, 3. — [2]) D. 23, 5, 13, 2: Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur. Cfr. Celso D. 23, 3, 58, 1; Paolo D. 23, 5, 14, 2. — [3]) Fr. 55 D. 3, 3. — [4]) Fr. 15 de R. I. — [5]) Fr. 3 § 1 D. 23, 5. — [6]) Cfr. Fr. Sin. XI, 30; D. 23, 3, 49; fragm. de formula Fabiana I, V. 14, 15.

quel tale acquisto non era del tutto in ordine, completo; or appunto ciò corrisponde soltanto ad una forma di acquisto sostanziale, ma non ancora formale, cioè fatto soltanto mediante la procuratio in rem suam.

Ciò premesso, il testo di Trifonino si può restituire presso a poco così:

Si fundum quem Titius possidebat bona fide mulier [tutore auctore][1]) ut suum [dotis nomine mancipio] dedit marito, [quem simul procuratorem in rem suam fecit,] eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit, nam licet lex Iulia quae vetat fundum dotalem alienari pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem non tamen interpellat [usucapionem] quae ante, quam constitueretur dotalis fundus iam coeperat *cet.*

I compilatori quindi ritoccarono, come si vede, il passo in vari punti; e vi dovettero naturalmente cancellare la menzione della procuratio in rem suam, perchè cotesto espediente era divenuto superfluo, effettuandosi ormai il passaggio del dominio direttamente in forza della sola dichiarazione contenuta nell' istrumento.

49. La forza dispositiva dell' istrumento nel diritto giustinianeo si manifesta, specialmente in materia di dote, in altre decisioni.

c. 1 C. V, 11 Imp. Alexander A. Claudio. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum [*neque species ulla nec quantitas promissa sit, sed*] hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit. [a. 231.]

Il rescritto nega al marito dotatario l'azione per la dote, che gli era stata promessa nell' istrumento: *cum neque species ulla neque quantitas promissa sit.* Ma il motivo della decisione non poteva esser questo. Dacchè non solo Papiniano, circa un ventennio avanti, aveva affermato la validità della costituzione di dote fatta mediante stipulazione 'non demonstrata re vel quantitate'[2]), ma pure Gordiano in un rescritto dell' a. 240, collocato nello stesso titolo del Codice, (c. 3.) ammette la validità della stipulatio per causa di dote 'non

---

[1]) Cfr. V. F. 210. — [2]) Papin. IV resp. D. 23, 3, 69, 4.

addita quantitate'.[1]) Papiniano nel suo responso, che ha struttura perfetta e spedita, adduce ragioni esaurienti a dimostrarne la validità, ma inoltre, quel che più rileva, egli soggiunge che era quella la opinione comune 'placuit'. E perciò il nostro rescritto, inchiodato così tra due formidabili contradizioni, si manifesta falsificato dai compilatori. La decisione di Alessandro negava bensì l'azione per la dote in quella specie, ma ciò solo perchè: hactenus nuptiali instrumento adscriptum.

Il testo originario poteva essere di questo tenore:

Frustra existimas actionem tibi competere quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, cum [citra verborum stipulationem] hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit.[2])

Il testo così rifatto risponde perfettamente ad un rescritto di Diocleziano, che è bene tenere sotto gli occhi:

C. 14 C. IV, 2. Idem (Diocl. et Max.) AA. et CC. Hadriano. Mutuae pecuniae, quam aliis dedit, creditor citra solemnitatem verborum subscribentem instrumento non habet obligatum.

50. E per gli stessi motivi e con lo stesso effetto fu ancora interpolata nel titolo medesimo del Codice la chiusa di un rescritto di Diocleziano, che suona così:

C. 4 C. V, 11. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufo. Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti quam suscepisti, intellegis de his quae desunt [*petendis pactum esse consecutum*] [a. 293].

Il rescritto dice, ora, che al marito dotatario compete, per patto, il diritto alla 'petitio' di quelle cose annoverate nell' instrumento dotale e non consegnate. La forma è abominevole. Diocleziano invece aveva forse rescritto: de

---

[1]) Nel rescritto è forse interpolata la parola '*rite*', certamente poi la chiusa: *videtur . . . esse*; cfr. Alibrandi Op. p. 56. — [2]) Ma per il momento non so decidere se Giustiniano con la aggiunta della nuova motivazione al rescritto: *cum neque species ulla nec quantitas promissa sit*, abbia voluto a bella posta risolvere diversamente quel punto di diritto, certo controverso prima di Papiniano. La cosa mi sembra tuttavia incredibile, dato il favore illimitato che egli usa alla causa dotale. Per la donatio la cosa è diversa, essa deve essere determinata *κατά τε τὸ μέτρον*: così Giustiniano nella Nov. 162, 1.

his quae desunt, [cum stipulatio interposita non sit, nullam tibi competere actionem].

51. Nel fr. 45 D. XXIV, 3 Paulus VI, q., noi ritroviamo una mescolanza inusitata e perciò strana dell' istrumento dotale e della stipulatio. L'azione si fa derivare anche qui dal patto ed insieme dalla stipulatio. Ma l'equivalenza di queste due forze cospiranti fu senza dubbio creata dai compilatori, che ampliarono i punti corrispondenti del passo come quì appresso:

D. — [*Et instrumento dotali*] huiusmodi pactum [*et stipulationem*] complexus est.	Paul. — huiusmodi pactum stipulatione complexus est.
D. — Ex [*hoc pacto et*] stipulatione.	Paul. — ex hac stipulatione.

La prova più diretta della amplificazione emerge dal testo medesimo; poichè nella continuazione il patto si dilegua, e la stipulatio riprende il suo impero.[1])

52. L'identica sostituzione dell' instrumentum alla stipulatio occorre in un testo notissimo, così riferito:

Fr. 134 D. 45, 1. Paulus libro XV resp. 'Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interposit[*um est instrumentum et*] adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi [*sive futura sive iam contracta*].

Paolo aveva scritto: et interposita est stipulatio adiecta poena, come si desume anche qui da quel che segue, dove il giurista si richiama semplicemente alla stipulatio.

53. E l'argomento della stipulatio contra bonos mores m'induce a citare un altro esempio fuori la materia dotale, che dimostra, cosa per altro per me certissima, che simili es-

---

[1]) Cfr. avanti Z. 33 p. 300; ed il n. 52 che segue.

pedienti furono dai compilatori adoperati in modo generale. Il passo è così riportato:

C. 4 C VIII, 38 Idem (Diocl. et Max.) AA et CC. Domnae. Ex [*eo instrumento*] nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit [*stipulatio*], manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores [*vel in pacto vel*] in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.

Diocleziano aveva certamente rescritto:

Ex [ea stipulatione] nullam vos habere actionem [quae] contra bonos mores de successione futura interposita fuit, manifestum est, cum omnia quae contra bonos mores in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.[1])

54. Ma qui è necessario fermarsi, per contenere la trattazione nei suoi limiti modesti. Del resto gli esempii affluiscono in tanta copia da ogni parte, che vedo la necessità di ritornare sull' argomento con un lavoro apposito più generale sull' Instrumentum e la Stipulatio nella Compilazione di Giustiniano.

Rispetto alla dote, che è oggetto dell' esame, si comprende che la riforma del legislatore vi sia applicata con grande rilievo, pari a quello che abbiamo riscontrato nella materia delle donazioni, perchè la sua importanza non era di meno, anche dal lato statistico. E per la dote come per la donazione Giustiniano dice spontaneamente e naturalmente che essa si costituisce ora mediante l'istrumento dotale, nel senso che le dichiarazioni scritte producono tutte le conseguenze guiridiche, per se stesse. Promissio e datio dotis sono termini

---

[1]) Sul patto successorio tra coniugi nel diritto greco-egizio cfr. Mitteis, Grundzüge II, 1, 241 seg.; nelle fonti latine occorre altre volte nella forma della stipulatio: c. 4 Cod. 8, 37 (Aless.); più frequente menzione ne è fatta nell' istrumento dotale: c. 15 Cod. 2, 3 (Valer. e Gall.); c. 5 Cod. 5, 14 (Diocl. e Mass.); sempre dichiarato nullo, e precisamente 'contra bonos mores': fr. 61 D. 45, 1; fr. 2 § 2 D. 28, 6. Rispetto alla c. in esame non credo probabile che la petente abbia proposto il caso di un patto inserito nell' instrumento, altrimenti Diocleziano avrebbe dovuto dichiararlo nullo, anzitutto per difetto di forma. Comunque del resto si voglia ricostruire il testo primitivo, è sicuro che il rescritto fu alterato da Giustiniano e per le ragioni ed allo scopo da me indicati.

correnti nella compilazione. Ma essi non si riferiscono più alla stipulazione verbale e rispettivamente alla traditio, sibbene al contenuto dell' atto dotale; perciò Giustiniano scrive: si forte *dixerit in instrumento* dotali ex rebus paternis et maternis dotem vel ante nuptias donationem dare, utrum pro dimidia parte videatur *datio vel promissio* facta esse, an pro rata portione utriusque substantiae.[1])

Nel quale brano la dichiarazione contenuta nell' istrumento si adegua ingenuamente alla datio vel promissio facta, come appunto noi consideriamo oggi gl' istrumenti dotali costitutivi d'ogni speciedi diritti, obbligatorii e reali. E a ciò corrisponde che nella compilazione il termine instrumentum non è più usato, nei testi giustinianei o rinnovati, nei vari significati che aveva nel mondo classicò; esso non indica inoltre qualsiasi mezzo di prova, ma solo la scrittura, il documento latore dei diritti, più di frequente con forza dispositiva.[2])

Cap. VI.

Altre figure di traditio ficta nei trasferimenti per cause onerose.

55. Riprendiamo ora il cammino attraverso la Compilazione di Giustiniano, per una indagine più larga intorno alle forme fittizie di tradizione applicate nei trasferimenti di cose singole o di universalità di beni, precipuamente per cause onerose. La donazione, invero, doveva essere sottoposta preliminarmente all' esame, perchè essa mostra più appariscenti le innovazioni di Giustiniano, come quella che subì una trasformazione profonda nel nuovo diritto, resa agevole nelle forme e libera da limitazioni e da intoppi. Ma la completa soppressione della traditio pel passaggio della proprietà non va annoverata tra gli espedienti trovati dal legislatore per rendere più spedita la donazione, nè deve considerarsi come

[1]) Cod. V, 11, 7; cfr. c. un. Cod. V, 13 . . . 1. Si enim et *stipulationes* et hypothecae inesse dotibus intelleguntur, et inutiles *stipulationes* emendantur, sic in posterum causa invenietur valida et perfecta, quasi omnibus *dotalibus instrumentis* a prudentissimis viris confectis; dove le stipulationes non significano altro che le convenzioni contenute negli istrumenti dotali. — [2]) V. Appendice II.



un ius singulare per i trasferimenti a titolo gratuito; chè piuttosto lo stesso sistema lo troviamo applicato pure in quelli a titolo oneroso, cioè nella vendita, nella società, nella divisione e così via; con quelle forme medesime finora dimostrate, e ancora con altri mezzi suggeriti evidentemente dai testi che i Compilatori avevano sotto gli occhi. La ficta traditio, per ciò, è veramente usata da Giustiniano come un mezzo semplificativo per il passaggio del possesso e della propietà, in generale, come vedremo subito nelle nuove applicazioni che saranno esaminate particolarmente in questo capitolo.

1. Retentio usus fructus.

56. Nella c. 9. Th. VIII, 12, dell' anno 417 gli Imperatori Onorio e Teodosio avevano sancito, abrogando una disposizione [1]) da loro emanata appena nel 415, che nella donazione e nella costituzione di dote, la riserva di usufrutto in favore del donante dovesse avere valore di tradizione: 'omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere'. Or a quelle cause privilegiate Giustiniano nella c. 28 C. VIII, 53, aggiunse la vendita, inserendo nella legge la frase 'vel vendendo', la quale fa subito manifesta la tendenza di estendere a tutte le alienazioni l'uso e l'efficacia della tradizione che egli altrove dichiara doversi intendere 'iure facta'. [2])

[1]) C. 8 Th. eod. Gl' imperatori avevano in questa c. dichiarata la nullità della donazione compiuta senza tradizione e mediante la riserva d' usufrutto: ne ususfructus exceptio pro traditione possit intellegi. Questo divieto era evidentemente determinato dalle norme di Costantino circa la 'corporalis traditio'. La figura del constitutum possessorium e gli altri espedienti dei giuristi classici [cfr. D. 24, 1, 3, 12] poggiavano su di una analisi troppo fine degli elementi della tradizione, e perciò non furono compresi nel periodo della decadenza. È notevole che lo stesso Giustiniano non ricorre mai alla figura del constitutum possessorium. Le interpretazioni dei commentatori sono per questo riguardo senza valore. — [2]) L'interpolazione è posta in rilievo da F. Hotman, Scholae ad l. 28 Cod. de don. p. 606 e da I. Gotofredo [C. Th. II p. 618], ed è poi notata da tutti gli scrittori per la grande importanza che ebbe nella pratica, come si vedrà più oltre; cfr. Brunner o. c. p. 119; Biermann, Traditio ficta, p. 20; Schupfer, Riv. ital. per le scienze giurid. 39 p. 28; Gaudenzi, Atti del Congresso storico v. IX p. 442; Freundt, Wertpapiere I p. 86; Partsch, Z. f. g. Handelsrecht,

La legge nella sua nuova redazione contiene dunque un principio generale, di cui è fatta applicazione ai tipi principali e più comuni di alienazioni.[1]) E l'uso della riserva d'usufrutto ebbe, come è noto, una grande diffusione allo scopo di eliminare la necessità della traditio corporalis; lo si rinviene nei papiri ravennati del sec. VI, subito che nell'Esarcato entrò in vigore la legislazione di Giustiniano, e posteriormente, in ogni epoca fu applicato con grande preferenza.

2. Traditio tacita.

57. Una forma di tradizione fittizia è pure applicata nel passaggio del dominio tra socî, nel momento che si costituisce la societas omnium bonorum. Il contratto di società si perfeziona col solo consenso; che naturalmente, nel diritto classico, non può generare che l'obbligazione tra i singoli compartecipi a comunicarsi scambievolmente i beni che si trovano overranno a trovarsi in futuro, nel loro patrimonio. Per l'effettivo passaggio del dominio occorrono poi le forme ed i mezzi idonei, a seconda la natura dei singoli beni.

---

vol. 70 p. 469; Mommsen, C. Th. ad h. l. Nè può avere altro significato la nota *om. Th.* apposta dal Krüger ad l. 28 cit.; dove evidentemente è improprio soltanto il verbo adoperato. Invece Hilliger, ad Donellum V, 10, n. b. ritenne più degno di fede il testo di Giustiniano, perchè il Th. sarebbe di solito corrotto dai Visigoti; pure contro l'interpolazione è Püttmann v. presso Mascovio Opusc. iuridica p. 120.

[1]) Questo punto fu controverso pur tra gli antichi interpreti. Isidoro [B. 47, 1, 61 scolio 1] e I. Gotofredo [in Th. II p. 618] ritennero l'enumerazione fatta nella legge come tassativa, non suscettibile per ciò di altra estensione; invece Azone [in Cod. de a. et r. pos. p. 742] ai casi espressi dalla legge aggiunge: vel simili contractu. Ora che la riforma di Giustiniano appare intera, l'opinione di Azone non può essere messa in dubbio. Nel diritto Comune prevalse la tendenza a limitare la applicazione della legge, e ciò perchè fin dal sec. XIII si manifestò nella dottrina e negli Statuti una viva reazione contro i modi fittizi di traslazione del possesso, per il pericolo di frodi. Così, rispetto alla legge in esame, v. Mascov, Exercitatio iuris civilis de const. possess. p. 21: quia interpretationi extensivae resistit utilitas publica, qua minus favorabiles sunt modi dominium transferendi, qui translationibus dominii inconsultis et fraudolentis ansam praebere possunt. Sull' argomento ritornerò più oltre.

Per gli acquisti compiuti da un socio durante la s. o. b. la necessità del trasferimento agli altri, in proporzione delle quote di ciascuno, appare da vari indizi, non ostante le alterazioni dei testi da parte di Triboniano.[1]) Per la comunicazione dei beni, invece, all' inizio della società le attestazioni dirette mancano; forse perchè, in realtà, la s. o. b. fuori i casi del consortium familiare era raramente costituita; e perciò fu agevole ai Compilatori di sopprimere o mutare i tratti che vi si riferivano nelle esposizioni di carattere sistematico dei giuristi. Certo il termine usato costantemente, quasi con valore tecnico, è 'communicare rem', sia che si tratti della s. o. b. o di quella unius rei.[2]) Ma tale verbo esprime solo l'effetto, che è quello di render la cosa comune, e non già il mezzo o l'atto necessario all' uopo. Ed infatti Cicerone, nel passo ora citato, deduce l'esistenza della societas dalla communicatio rei, che è uno stato di diritto che si può facilmente accertare, e che deriva da una trasmissione particolare, separata dal contratto di società.[3])

Ma sopratutto poi in questo campo non c'è pericolo di errare; perchè l'accordo delle parti, qualunque esso sia, non può produrre un mutamento di dominio. Il principio è generale ed ha ragioni profonde, che non ammettono eccezioni. Vale per ciò nella donazione di tutti i beni, come nella vendita della eredità[4]) e doveva necessariamente pure applicarsi nella s. o. b. Il passaggio dei beni in blocco, per unico atto, senza le forme necessarie di trasferimento per i singoli corpi, non è nemmeno concepibile, nel campo dei negozi inter vivos.[5]) E pertanto la conseguenza è necessaria; quella cioè che nemmeno tra i socii o. b. è possibile la comunicazione

---

[1]) Cfr. più oltre p. 190 n. 2. — [2]) Cicero in Verrem v. 20: socii putandi, quos inter res communicata est. D. 17, 2, 74. — [3]) Il trasferimento per causa sociale deve essere pro parte: D. 19, 5, 13, 1; nel quale testo il verbo 'transferre' si riferisce esplicitamente pure all' atto materiale necessario per il passaggio del dominio; vi si dice infatti: partis areae dominium transtulerit. — [4]) Fr. 14 § 1 D. 18, 4 ... res hereditarias tradere debet. Naturalmente anche in questo passo fu eliminata la menzione della mancipatio e della in iure cessio; cfr. Gaio II, 35. — [5]) Nè il trasferimento con la forma della mancipatio arrecava grave impaccio, dacchè fu pure consentito che tutti gl' immobili si potessero trasferire con una sola mancipatio; Ulp. Reg. XIX, 6.

dei beni senza la traditio, mancipatio, in iure cessio dei singoli corpi.

Ma ciò fu reso possibile da Giustiniano. Infatti in un testo assai celebre e molto dibattuto, attribuito nei Digesti a Gaio, si legge:

fr. 2. D. XVII, 2, Gaius l. X ad ed. prov. *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*

La decisione, osserva il Girard, è *sorprendente.*[1])

Ma ora è facile vedere che si tratta evidentemente di una altra foggia di tradizione fittizia messa in opera da Giustiniano. Il nome di Gaio, che figura autore del passo, serve bene questa volta a svelare la falsificazione. Gaio da pedante Sabiniano non si permise mai cotali ardimenti. Non risulta nemmeno che egli abbia ammesso il cosidetto constitutum possessorium. E Ihering che vede dapertutto abominevoli 'tentativi di costruzione' dei giuristi romani, dopo aver battagliato contro Celso per il constitutum possessorium, inveito contro Paolo per l'animus possidendi, una terza volta, investe pure il povero Gaio[2]), come un 'costruttore'. Quel povero 'Gaio nostro', semplice come l'acqua![3])

Il testo peraltro non dà appiglio ad osservazioni di rilievo per la forma, onde ne risulti provata l'origine bizantina.[4]) Ma abbiamo argomenti più gravi e conclusivi.

---

[1]) Manuel p. 578. — [2]) Besitzwille p. 215. — [3]) Non si richiami in appoggio della 'traditio tacita' del nostro testo, quell' altra che secondo Gaio, D. 41, 1, 9, 5, si effettua 'nuda voluntate', perchè la differenza è ovvia. Infatti nella cosidetta t. brevi manu, l'acquirente ha già la detenzione della cosa, e precisamente la 'nuda voluntas' opera l'acquisto del possesso sul fondamento di una nuova causa. I giuristi, dunque, in questo caso rilevano un elemento che è reale ed efficiente: animo coepit possidere: D. 12, 1, 9, 9; pro tradita erit accipienda si post emptionem apud eum remansit. D. 6, 2, 9, 1; cfr. D. 15, 1, 8; 21, 2, 62 pr. La 'traditio tacita' è invece una enorme assurdità; dacchè la cosa resta in potere del tradente. — [4]) Tuttavia si noti, che 'specialiter' non può significare nel nostro testo 'singolarmente', in opposizione a 'generaliter', ma sibbene 'espressamente' e si oppone a 'tacita'. La improprietà delle parole rispecchia bene l'assurdo giuridico; infatti la tradizione viene considerata come una dichiarazione di volontà, che può essere 'tacita'. E l'attributo non s'incontra altra volta nelle fonti per la tradizione; ma l'ardimento non è inusitato per i Compilatori;



La comunicazione dei beni tra i socii o. b., in forza del solo contratto, senza un atto esteriore, non potrebbe mai ricondursi come vuole il Pernice [1]), al consortium stabilito tra i figli alla morte del paterfamilias. L'influenza del consortium sulla struttura della societas o. b., non potè manifestarsi in ciò; perchè l'antico consorzio e la societas o. b. avevano, per questo rispetto, presupposti essenzialmente diversi. Nel consortium, gli agnati, per la loro qualità di coeredi dello stesso patrimonio, sono condomini e compossessori di tutti i singoli beni ereditari; la convenzione pertanto diretta a costituire il consortium, non crea rispetto ai beni, un nuovo stato giuridico, ma rende solo permanente e volontario quello stato di compartecipazione all' asse ereditario: ercto non cito.[2])

Ne segue che tra gli agnati consorziati, essendo già i

---

i quali, nella celebre costituzione dedicata alla riforma della dote [Cod. V, 13, 1] inventarono pure una 'tacita stipulatio', e scrissero: *videatur fecisse tacitam stipulationem.* Dunque Triboniano attribuisce a '*tacita*' il valore di una 'fictio iuris'; onde si considera esistente, per disposizione di legge, quel che in fatto non è avvenuto. La concezione non è nuova,. ma queste bizzarre applicazioni ad atti formali, ed ancora ad atti materiali sono prettamente bizantine.

[1]) ZSS. vol. III p. 87; così Ferrini, Archivio giurid. 38 p. 14; Girard, Manuel p. 578 n. 3; Bonfante, Ist. p. 434. Ma l'opinione dominante si è tratta d'impaccio per via del constitutum poss., che raffigura nella specie commisto con una certa dose di presunzione legale, mediante formole artificiose ed infelici: così Savigny, Besitz p. 322; Wächter, Pand. II p. 71; Arndts, Pand. § 145 n. 1; Windscheid, Pand. § 171 n. 2; Dernburg, Pand. 1 § 211 n. 2; Ferrini, Pand. p. 318 n. 3 Perozzi, Ist. p. 473 n. 1; Schloßmann, Besitzerw. durch Dritte p. 162 n. 4. Speciale menzione merita Schulin, Geschichte p. 418 n. 1, che volle ricostruire il testo in maniera ancora più assurda: quia licet specialiter [mancipatio aut] traditio *cet.*; ecco, dunque, la verificazione dell' incredibile: la mancipatio tacita! — Ma a conforto dello Schulin è giusto notare che anche Cuiacio [in tit. 37 l. IV Cod. vol. IX p. 537] ebbe l'infelice idea della mancipatio tacita! Del resto l'interpretazione del testo mediante il constitutum poss. è tradizionale; così la Glossa ad h. l. (gl. quia licet); Azone, Summa in Cod. tit. pro socio IV, 37; Baldo, ad l. 1, 2 D. 17, 2; Donello, Comm. XIII, 16, 6: cfr. Biermann, o. c. p. 54, 111, 199. — [2]) Gellio N. A. I, IX, 12; D. 17, 2, 52, 8 Papin.: inter fratres voluntarium consortium. Cfr. Fadda, Studî in onore di Brugi p. 149.

dei beni senza la traditio, mancipatio, in iure cessio dei singoli corpi.

Ma ciò fu reso possibile da Giustiniano. Infatti in un testo assai celebre e molto dibattuto, attribuito nei Digesti a Gaio, si legge:

fr. 2. D. XVII, 2, Gaius l. X ad ed. prov. *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*

La decisione, osserva il Girard, è *sorprendente.*[1])

Ma ora è facile vedere che si tratta evidentemente di una altra foggia di tradizione fittizia messa in opera da Giustiniano. Il nome di Gaio, che figura autore del passo, serve bene questa volta a svelare la falsificazione. Gaio da pedante Sabiniano non si permise mai cotali ardimenti. Non risulta nemmeno che egli abbia ammesso il cosidetto constitutum possessorium. E Ihering che vede dapertutto abominevoli 'tentativi di costruzione' dei giuristi romani, dopo aver battagliato contro Celso per il constitutum possessorium, inveito contro Paolo per l'animus possidendi, una terza volta, investe pure il povero Gaio[2]), come un 'costruttore'. Quel povero 'Gaio nostro', semplice come l'acqua![3])

Il testo peraltro non dà appiglio ad osservazioni di rilievo per la forma, onde ne risulti provata l'origine bizantina.[4]) Ma abbiamo argomenti più gravi e conclusivi.

---

[1]) Manuel p. 578. — [2]) Besitzwille p. 215. — [3]) Non si richiami in appoggio della 'traditio tacita' del nostro testo, quell' altra che secondo Gaio, D. 41, 1, 9, 5, si effettua 'nuda voluntate', perchè la differenza è ovvia. Infatti nella cosìdetta t. brevi manu, l'acquirente ha già la detenzione della cosa, e precisamente la 'nuda voluntas' opera l'acquisto del possesso sul fondamento di una nuova causa. I giuristi, dunque, in questo caso rilevano un elemento che è reale ed efficiente: animo coepit possidere: D. 12, 1, 9, 9; pro tradita erit accipienda si post emptionem apud eum remansit. D. 6, 2, 9, 1; cfr. D. 15, 1, 8; 21, 2, 62 pr. La 'traditio tacita' è invece una enorme assurdità; dacchè la cosa resta in potere del tradente. — [4]) Tuttavia si noti, che 'specialiter' non può significare nel nostro testo 'singolarmente', in opposizione a 'generaliter', ma sibbene 'espressamente' e si oppone a 'tacita'. La improprietà delle parole rispecchia bene l'assurdo giuridico; infatti la tradizione viene considerata come una dichiarazione di volontà, che può essere 'tacita'. E l'attributo non s'incontra altra volta nelle fonti per la tradizione; ma l'ardimento non è inusitato per i Compilatori;

La comunicazione dei beni tra i socii o. b., in forza del solo contratto, senza un atto esteriore, non potrebbe mai ricondursi come vuole il Pernice [1]), al consortium stabilito tra i figli alla morte del paterfamilias. L'influenza del consortium sulla struttura della societas o. b., non potè manifestarsi in ciò; perchè l'antico consorzio e la societas o. b. avevano, per questo rispetto, presupposti essenzialmente diversi. Nel consortium, gli agnati, per la loro qualità di coeredi dello stesso patrimonio, sono condomini e compossessori di tutti i singoli beni ereditari; la convenzione pertanto diretta a costituire il consortium, non crea rispetto ai beni, un nuovo stato giuridico, ma rende solo permanente e volontario quello stato di compartecipazione all' asse ereditario: ercto non cito.[2])

Ne segue che tra gli agnati consorziati, essendo già i

---

i quali, nella celebre costituzione dedicata alla riforma della dote [Cod. V, 13, 1] inventarono pure una 'tacita stipulatio', e scrissero: *videatur fecisse tacitam stipulationem*. Dunque Triboniano attribuisce a '*tacita*' il valore di una 'fictio iuris'; onde si considera esistente, per disposizione di legge, quel che in fatto non è avvenuto. La concezione non è nuova,, ma queste bizzarre applicazioni ad atti formali, ed ancora ad atti materiali sono prettamente bizantine.

[1]) ZSS. vol. III p. 87; così Ferrini, Archivio giurid. 38 p. 14; Girard, Manuel p. 578 n. 3; Bonfante, Ist. p. 434. Ma l'opinione dominante si è tratta d'impaccio per via del constitutum poss., che raffigura nella specie commisto con una certa dose di presunzione legale, mediante formole artificiose ed infelici: così Savigny, Besitz p. 322; Wächter, Pand. II p. 71; Arndts, Pand. § 145 n. 1; Windscheid, Pand. § 171 n. 2; Dernburg, Pand. 1 § 211 n. 2; Ferrini, Pand. p. 318 n. 3 Perozzi, Ist. p. 473 n. 1; Schloßmann, Besitzerw. durch Dritte p. 162 n. 4. Speciale menzione merita Schulin, Geschichte p. 418 n. 1, che volle ricostruire il testo in maniera ancora più assurda: quia licet specialiter [mancipatio aut] traditio *cet.*; ecco, dunque, la verificazione dell' incredibile: la mancipatio tacita! — Ma a conforto dello Schulin è giusto notare che anche Cuiacio [in tit. 37 l. IV Cod. vol. IX p. 537] ebbe l'infelice idea della mancipatio tacita! Del resto l'interpretazione del testo mediante il constitutum poss. è tradizionale; così la Glossa ad h. l. (gl. quia licet); Azone, Summa in Cod. tit. pro socio IV, 37; Baldo, ad l. 1, 2 D. 17, 2; Donello, Comm. XIII, 16, 6: cfr. Biermann, o. c. p. 54, 111, 199. — [2]) Gellio N. A. I, IX, 12; D. 17, 2, 52, 8 Papin.: inter fratres voluntarium consortium. Cfr. Fadda, Studî in onore di Brugi p. 149.

beni comuni, non occorre una mutua trasmissione, e quindi non ha luogo nessun atto giuridico solenne, nè tradizione.

Nella societas o. b., invece, la posizione giuridica è tutt'altra; essa si stabilisce tra persone aventi un patrimonio separato, e quindi i beni debbono essere comunicati nelle forme congrue.

Onde il fr. di Paolo, che precede immediatamente nel titolo pro socio, si restituisce con assoluta certezza al suo tenore primitivo nel modo che segue:

Fr. 1 § 1, D. XVII, 2, Paulus l. XXXII ad ed. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt [traditione mancipatione ant in iure cessione singulae] communicantur.

I compilatori sostituirono alle forme del trasferimento della proprietà, la comunicazione diretta in forza del contratto [1]); *continuo*.

Forse il suggerimento immediato a compiere quest' altra facilitazione, ed a fabbricare il fr. 2, essi lo rinvennero negli scritti dei giureconsulti, che rispetto alla comunicazione dei beni ponevano in rilievo la differenza tra il consortium e la societas o. b., ed avendo voluto fondere i due istituti, li pareggiarono pure in ordine al possesso ed alla proprietà, che si trasmettono senza alcun atto esteriore.[2])

---

[1]) E tra gli antichi non mancarono in ogni tempo interpreti acuti che seppero dare ai fr. 1, 2 D. 17, 2 quel significato voluto da Giustiniano. Così Placentino, Summa in Codic. tit. de pactis; scriveva: 'item contra sui naturam dominium transferunt, ut societatis forte pactum' *cet.* Cfr. Angelo degli Ubaldi ad l. 20 Cod. de pactis; Balduino, ad § 46 J. II, 1; Connano, Comm. l. VII c. 13 n. 8; Ghifanio, Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis Iustiniani, ad l. 20 de pactis. I. H. Boehmer, Exercit. ad Pand. Ex. 82, ad lib. 41, 1 n. 3, il quale scrive: 'Eiusmodi evidentissima voluntas in societate o. b. occurrit, qua solo consensu inita, omnes res ... continuo communicantur ... citra ullam traditionem, quae supervacua est, ubi voluntas nullum dubium habet. Quamvis enim Gaius more antiquo hic traditionem fingat, re vera tamen in sola voluntate subsistit, et unice ei hunc effectum tribuit.' — [2]) Altre interpolazioni sono probabili: così nel fr. 3 § 1 eod. 'communioni adquiretur'; Paolo avrà scritto 'in commune redigetur'; cfr. per questa forma Papin. fr 52 § 8 eod. Dioclez. in Cod. III, 38, 4, i quali testi provano l'obbligazione del socius o. b. a comunicare ogni volta gli acquisti ai socii; v. inoltre fr. 73, 74 D. eod.; il fr. 73 cit. subì

3. Trasferimento mediante l'istrumento nella donatio omnium bonorum.

58. Della donatio o. b. ovvero di una quota di beni si tratta qui opportunamente, in connessione con la societas o. b. Ma rispetto alla donatio il sistema classico è fuori contestazione. Infatti Papiniano[1]) e gli Imperatori Dioclez. e Mass.[2]), e poi Costantino[3]) esigono in proposito, invariabilmente, che il trasferimento sia effettuato sui singoli corpi nelle forme prescritte.[4])

Diocleziano nella Consult. VI, 10, cit., così si esprime: quia generaliter bonorum portionem donari non posse, cum singulae res nominari debeant, quae [*dona*]tione[5]) mancipatione vel in iure cessione transferuntur; e nella c. 11, cit., soggiunge: nec venditio donationis causa bonorum omnium valet, sed rerum singularum nominatim, *cet.*

Noi già sappiamo che siffatte decisioni non sono di diritto singolare in materia di donazioni, ma sono, invece, applicazioni costanti del principio universale che impera in ordine al trasferimento del dominio. Ciò emerge, fra altro, dal testo di Costantino sopra citato, restituito con molta sicurezza, in cui vi ha una motivazione in questi termini:

---

soltanto delle ampliazioni, che sono indicate dal Krüger. E pertanto l'affermazione del Pernice ZSS. III p. 69, che nel consortium fossero esclusi gli acquisti fatti dai singoli, è senza fondamento; nè si oppone il fr. 52 § 6 eod. di Papiniano, dacchè esso riguarda la s. o. b. ma una forma speciale della medesima: indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent. Dunque, lo scopo (ideo) era ben determinato.

[1]) V. F. 263. — [2]) Consultatio VI, 10, 11. — [3]) V. F. 287. — [4]) Perciò le alterazioni dei testi sono frequenti: D. 39, 6, 42 pr. (Papin.) dove si leggeva 'mancipationibus' in luogo di 'traditionibus'; così Keller, Z. f. g. RW. 12 p. 414, il quale nella nota 26 elimina la traditio, perchè si tratta di personae exceptae; cfr. Pernice, Labeo III p. 264 n. 1. Ma gli esempi che offre Papiniano nei V. F. escludono la necessità di sopprimere in questo testo la traditio. In D. de leg. III, 27 § 3 (Scaev.) 'tradidi cessi' doveva legersi 'tradidi (mancipavi in iure) cessi'. In D. 42, 8, 17, 1 (Iulian.): 'universas res suas tradidit', 'era nel testo genuino' u. r. s. 'tradidit, mancipavit aut in iure cessit'. — [5]) 'Donatione' non ha senso in questo luogo; Huschke corresse arbitrariamente: donationis causa. Io ritengo si debba leggere *tradi*tione, perchè nel testo sono enumerate tutte le forme di traslazione del dominio come in Gaio II 213, 214; Ulp. Reg. XIX, 2. Cfr. la nota che precede.

V. F. 287: cum *haec donatio* ad id ut proprietas *possit transferri* non valeat.

E pertanto la donazione è invalida, come dichiara l'Imperatore, perchè l'accordo delle parti è inidoneo a trasferire il dominio.[1])

Ma il principio giustinianeo del passaggio in blocco dei beni in seguito a contratto, senza tradizione, trova qui nuovo riscontro nella donazione di tutti i beni o di una quota. Giustiniano infatti nel riportare nel Cod. VIII, 53, 11, la costituzione di Diocleziano, a noi nota dalla Consultatio VI, 10, vi soppresse appunto quella parte che si riferiva alle forme della trasmissione dei singoli beni, facendo scomparire non solo quelle solenni romane, ma pure la tradizione.[2])

Inoltre nella c. 35 § 4 de donat., emanata da Giustiniano nell' a. 530, rispetto alla donazione della universalità dei beni, o di una quota, non si fa cenno della traditio dei singoli corpi; di cui anzi fu bandita la menzione nel momento istesso che la costituzione era assunta nella repetita praelectio.

Ciò si dimostra con la constatazione che Isidoro nell' annotazione greca alla legge, in B. 47, 1, 67, riporta precisamente nella chiusa del paragrafo il seguente periodo: *τὰ δὲ περὶ τῆς τραδιτίονος οὕτω σκοπείσθω.* E parimenti nella costituzione 34 § 2, dell' a. 529, nella chiusa del § si leggeva un brano come appresso, pure conservato da Isidoro in B. 47, 1, 66: *πάντων τῶν περὶ τραδιτίονος εἰρημένων ἐπὶ τῆς οἰκείας μενόντων ἰσχύος καὶ μηδεμίαν ἐκ τοῦ παρόντος νόμου μείωσιν ὑπομενόντων.*

La costituzione in questo punto trattava di donazione di un complesso di beni, e della possibile retrocessione al donante di parte dei medesimi; e poneva in rilievo che rispetto alla tradizione nulla era innovato. I due periodi riportati da Isidoro sono palesemente versioni letterali del testo. Perchè furono soppressi dai compilatori? Noi già sappiamo che ogni ricordo della traditio, in materia di donazione, fu con tenacia perseguitato nella seconda edizione del Codice, e perciò i brani furono eliminati.[3])

[1]) Cf. Papin. in V. F. 263. — [2]) Cfr. avanti C. II sub b.; I. Gothofredo in Th. II p. 514; Savigny, System IV p. 135 m. c. — [3]) Cfr. anche Krüger, ad h. l. p. 798 n. 3.



E da questi due ultimi esempii è lecito congetturare che Isidoro fece uso di una versione greca delle due leggi, apparecchiata subito, e forse ufficialmente, dalla stessa cancelleria imperiale.[1]) Ma in ogni caso l'autenticità dell' esemplare isidoriano non si può mettere in dubbio; la discordanza fu apportata da Giustiniano per via di ritocchi e smozzicature delle sue stesse costituzioni per inquadrarle nella nuova edizione del Codice. Come ben disse il Gradenwitz, Giustiniano interpola sè stesso. E qui la ragione è manifesta; il passaggio di una universalità di beni o di una quota di essi, si effettua ora in virtù del solo contratto, sia nella società come nella donazione.

59. E in questo punto trova luogo opportunamente l'esame di altre due costituzioni, che possono riferirsi a donazioni di cose singole o di universalità di beni, ma attestano sicuramente la efficacia dispositiva della scrittura per sè. L'una e l'altra sono collocate in sede materiae sotto i nomi di Diocl. e Mass. la prima, e di Teod. e Valent. la seconda.

23 Cod. VIII, 53. Idem AA. et CC. Olympiadi. Si ea quae donaveras posteriori placito qui acceperat [*donum tibi reddidit*,] donationis [*antecedens instrumentum actis sequentibus*] nihil obesse potest. [a. 294].

La decisione è molto vaga, perchè non mostra su quale fondamento giuridico si appoggia la retrocessione dei beni donati, che è dichiarata efficace. È escluso che tale effetto si debba recondurre alla poenitentia[2]), e non può tribuirsi al placitum[3]), ma dovrebbe piuttosto seguire da una nuova donazione[4]) compiuta a sua volta regolarmente dal donatario. Ma tutto ciò se può emergere dal testo, appare solo in secondo ordine, dove, invece è la funzione dell' instrumentum, che è posta in grande rilievo, in quanto lo si dice inopponibile agli atti seguenti. Ma ciò significa che l'istrumento sa-

[1]) Procedimento che appare ora anche in rescritti di Giustiniano; cfr. Partsch, Nachrichten d. G. W. zu Göttingen, a. 1911 p. 201 seg.; ma v. Mitteis, Grundzüge II, 1 p. 290. — [2]) Cfr. c. 2, 3, 4, 5, 6 Cod. VIII, 55. — [3]) I confronti della Glossa ad h. l. con la emptio-venditio o con la prevalenza dell' ultima convenzione, in generale, sono senza valore; la c. 27 Cod. VI, 42 che si richiama dal Krüger, riguarda il fedecommesso. — [4]) Così la Glossa e concordemente i Greci: B. 47, 1, 56.

rebbe per sè efficace, come quello che diede vita alla prima donazione, e solo s'infrange in confronto agli atti posteriori. La redazione odierna del rescritto, dunque, riconduce tutto il contrasto al contenuto ed all' ordine successivo delle scritture, per cui la prima appare revocata dalla seconda.

Per la restituzione del rescritto originario manca qualsiasi elemento. Il caso doveva essere ben più complesso; ed è probabile che prospettasse una donazione tra sposi, revocata durante il matrimonio di pieno accordo, e poi ridomandata dal donatario dopo lo scioglimento del matrimonio in base alla prima scrittura.

In ogni caso, peraltro, nel rescritto di Diocleziano gli atti intervenuti per perfezionare le donazioni dovevano essere indicati con i termini proprii; la frase: '*donum tibi reddidit*' è volgare e sciatta.

60. L' altra costituzione è la seguente:

28 Cod. VIII, 53, Impp. Theod. et Valent. AA. Hierio pp. In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est: [*et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur*]. [a. 428].

V. F. 282. Idem [Diocl.] Calpurniae Aristaenetae .... nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est nanciscantur, validas esse.

In una legge generale, quale è questa gl' Imperatori trattando delle donazioni in extraneos non potevano ignorare la lex Cincia, che non fu mai di proposito abolita.[1]) Ma sopratutto poi riferendosi per la prova della donazione alla scrittura, essi non potevano omettere di ricordare il presupposto essenziale per la validità della donatio in quel tempo, e che consisteva nella solenne tradizione delle cose donate.

Che Giustiniano, invece, non poteva lasciare immutata una legge di dal fatta si comprende appieno; ora che sappiamo che egli soppresse nel titolo del Codice de don. ogni traccia della tradizione. Il mutamento, anzi, dei presupposti per la validità della donazione si determina con precisione, mediante

---

[1]) Cfr. Nov. 162, 1.

il confronto col testo Vaticano 282, di sopra riferito. La legge di Teodosio non poteva, per questo rispetto, differire dal rescritto dioclezianeo, che ha una sorprendente somiglianza con la struttura della medesima Ma Giustiniano collocò al posto della tradizione, o dell' acquisto del possesso da parte dei donatari, la prova mediante idonei documenti, perchè ormai la donazione è perfetta con la semplice confezione dell' atto scritto.

4. Acquisti compiuti da Chiese, pie Opere e Municipii.

61. In una costituzione dell' a. 530, Giustiniano dettò norme particolari in ordine alla prescrizione ed agli acquisti in favore delle Chiese e delle fondazioni pie. I punti salienti della legge sono come appresso:

C. 23, C. de sacr. eccl. 1, 2: ..... si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit sive sacrosantis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus .... nec non iuri civitatum .... eis sit longaeva exactio nulla temporis solita praescriptione coartanda .... in quibuscumque rebus mobilibus vel immobilibus vel se moventibus .... sit eorum poene perpetua vindicatio .... In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam *cet.*

Si tratta dunque, in primo luogo, del privilegio che Giustiniano accorda alle Chiese, alle pie fondazioni ed alle città in ordine alla prescrizione, che è protratta a cento anni, per qualsiasi acquisto a titolo di eredità, legato, fedecommesso, donazione, compra. Ma insieme l'Imperatore dichiara che a favore degli enti medesimi il titolo conferisce direttamente la proprietà delle cose corporali; onde in tutti i casi, come per i legati, essi possono esperire anche la 'reivindicatio'.[1])

[1]) Il riconoscimento di questo principio nel periodo prebolognese risulta anche dalle Petri Exceptiones: 1, 61: *de donatione* ad Ecclesiam .... et non solum legata vel fideicommissa, sed quaecunque donatio sit facta venerabili loco. Vel etiam, si res quae donata est, vel etiam vendita, non sit tradita, tamen .... rem vindicare poterunt, ac si eiusdem rei dominium per traditionem adepti essent.

rebbe per sè efficace, come quello che diede vita alla prima donazione, e solo s'infrange in confronto agli atti posteriori. La redazione odierna del rescritto, dunque, riconduce tutto il contrasto al contenuto ed all' ordine successivo delle scritture, per cui la prima appare revocata dalla seconda.

Per la restituzione del rescritto originario manca qualsiasi elemento. Il caso doveva essere ben più complesso; ed è probabile che prospettasse una donazione tra sposi, revocata durante il matrimonio di pieno accordo, e poi ridomandata dal donatario dopo lo scioglimento del matrimonio in base alla prima scrittura.

In ogni caso, peraltro, nel rescritto di Diocleziano gli atti intervenuti per perfezionare le donazioni dovevano essere indicati con i termini proprii; la frase: '*donum tibi reddidit*' è volgare e sciatta.

60. L' altra costituzione è la seguente:

28 Cod. VIII, 53, Impp. Theod. et Valent. AA. Hierio pp. In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est: [*et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur*]. [a. 428].	V. F. 282. Idem [Diocl.] Calpurniae Aristaenetae .... nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est nanciscantur, validas esse.

In una legge generale, quale è questa gl' Imperatori trattando delle donazioni in extraneos non potevano ignorare la lex Cincia, che non fu mai di proposito abolita.[1]) Ma sopratutto poi riferendosi per la prova della donazione alla scrittura, essi non potevano omettere di ricordare il presupposto essenziale per la validità della donatio in quel tempo, e che consisteva nella solenne tradizione delle cose donate.

Che Giustiniano, invece, non poteva lasciare immutata una legge di dal fatta si comprende appieno; ora che sappiamo che egli soppresse nel titolo del Codice de don. ogni traccia della tradizione. Il mutamento, anzi, dei presupposti per la validità della donazione si determina con precisione, mediante

[1]) Cfr. Nov. 162, 1.

il confronto col testo Vaticano 282, di sopra riferito. La legge di Teodosio non poteva, per questo rispetto, differire dal rescritto dioclezianeo, che ha una sorprendente somiglianza con la struttura della medesima Ma Giustiniano collocò al posto della tradizione, o dell' acquisto del possesso da parte dei donatari, la prova mediante idonei documenti, perchè ormai la donazione è perfetta con la semplice confezione dell' atto scritto.

4. Acquisti compiuti da Chiese, pie Opere e Municipii.

61. In una costituzione dell' a. 530, Giustiniano dettò norme particolari in ordine alla prescrizione ed agli acquisti in favore delle Chiese e delle fondazioni pie. I punti salienti della legge sono come appresso:

C. 23, C. de sacr. eccl. 1, 2: . . . . . si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit sive sacrosantis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus . . . . nec non iuri civitatum . . . . eis sit longaeva exactio nulla temporis solita praescriptione coartanda . . . . in quibuscumque rebus mobilibus vel immobilibus vel se moventibus . . . . sit eorum poene perpetua vindicatio . . . . In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam *cet.*

Si tratta dunque, in primo luogo, del privilegio che Giustiniano accorda alle Chiese, alle pie fondazioni ed alle città in ordine alla prescrizione, che è protratta a cento anni, per qualsiasi acquisto a titolo di eredità, legato, fedecommesso, donazione, compra. Ma insieme l'Imperatore dichiara che a favore degli enti medesimi il titolo conferisce direttamente la proprietà delle cose corporali; onde in tutti i casi, come per i legati, essi possono esperire anche la 'reivindicatio'.[1])

[1]) Il riconoscimento di questo principio nel periodo prebolognese risulta anche dalle Petri Exceptiones: 1, 61: *de donatione* ad Ecclesiam . . . . . . et non solum legata vel fideicommissa, sed quaecunque donatio sit facta venerabili loco. Vel etiam, si res quae donata est, vel etiam vendita, non sit tradita, tamen . . . . rem vindicare poterunt, ac si eiusdem rei dominium per traditionem adepti essent.

Questa costituzione fu in ogni tempo molto discussa, ed è ancora oggi svalorata. Nella dottrina si cercò sempre mediante le più forzate interpretazioni, di eliminare il passaggio diretto della proprietà, in seguito al semplice titolo di acquisto senza tradizione. Sembrava incredibile che Giustiniano avesse potuto stabilire una norma singolare di carattere così eretico sia pure in favore di Chiese ed opere pie e città. La Glossa quindi aveva sostenuto un 'transitus legalis' della proprietà come surrogato della traditio.[1]) E la prassi, protetta da questa teoria, seguì la sua strada ed ammise l'acquisto diretto della proprietà.[2]) Il contrasto, come di solito, venne da parte degli interpreti più illuminati, che penetrarono più addentro nel Corpus iuris civilis. Il Cuiacio[3]) escluse il passaggio del dominio, e vi costruì sopra una finzione di proprietà. Il suo grande discepolo Ghifanio[4]) negò il transitus legalis, e con interpretazione arbitraria e tormentosa riferì il passaggio diretto del dominio soltanto nei casi di eredità, legato e fedecommesso, in cui passa sempre recta via all' onorato per disposizione di Giustiniano.[5]) Per il resto, correggendo la legge, notava che la parola 'vindicatio' era spesso usata da Giustiniano in modo improprio, nel senso di 'exactio', e quindi negli acquisti mediante atti tra vivi non si dovesse ammettere passaggio di proprietà senza tradizione. Marezoll[6]) è ancora più severo: e raffigurò anche in materia di legati una 'utilis in rem actio' senza proprietà.

L'opinione dominante avversa pur oggi il transitus legalis costruito dalla Glossa.[7]) La difesa del concetto di Giustiniano, nella sua integrità, fu sostenuta, invece, da voci iso-

[1]) Cioè il passaggio del dominio avviene 'non per possessionis aut quasi translationem vel apprehensionem, sed solam legis ita disponentis potestatem. Lauterbach, Colleg. l. 41, 1 § 53. — [2]) Del resto, come bene osserva il Brunner, o. c. p. 126 la pratica ignorò di poi questa c., perchè si avvaleva di altri mezzi. — [3]) Ad l. 19 Cod. h. t. opp. vol. IX p. 103. — [4]) In Cod. p. 11. — [5]) Cod. VI, 43, 1 a. 529 ...... omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res .... vindicare in rem actione instituenda. — [6]) Lindes Z. IX p. 280 seg. — [7]) Cfr. Vangerow, Pand. I § 311 A. 4; Arndts-Serafini, Pand. § 145 n. 1; Ferrini, Pand. p. 397 n. 1, il quale riproduce la dottrina di Ghifanio.

late. Azone[1]) vi riconobbe un jus singulare: ma specialmente Thibaut[2]) in un articolo molto vivace mise in evidenza la vera portata delle prescrizioni di Giustiniano, come un' eccezione suggerita dal favore verso le Chiese, e notava nello stesso tempo che essa rappresentava un progresso nel sistema del diritto. L'autorità del Windscheid[3]) ha contribuito nei tempi più recenti alla diffusione di questa interpretazione.[4])

Nel quadro di queste ricerche la disposizione contenuta nella l. 23 appare molto naturale, dettata da tutto un nuovo indirizzo inaugurato da Giustiniano in ordine all' acquisto della proprietà. Essa è bensì un' eccezione rispetto al diritto antico, e come tale appare nel Corpus iuris civilis; ma nella sostanza rappresenta realmente il sistema vivo della compilazione riguardo al passaggio della proprietà, che doveva quindi in un modo qualsiasi e con tutti gli espedienti possibili prevalere sull' altro sistema tradizionale, che era già morto.

Questo fenomeno s'è verificato con tanta frequenza, ed è oggi così emergente negli studii contemporanei, che io debbo ritenere superfluo addurre a confronto altri esempii.

5. Traditio clavium.

62. Una delle celebri antinomie che esistono nelle fonti in materia di tradizione si risolve ora agevolmente. La consegna delle chiavi produce il trasferimento delle merci che sono custodite nei magazzini, e questo mezzo nella pratica mediovale si applicò senz' altro per il trasferimento degli edificii.[5]) Ma la consegna delle chiavi per i giureconsulti classici doveva aver luogo in vicinanza dell' edificio. Un testo di Papiniano è quanto mai esplicito e marcato in questo senso:

D. XVIII, 1, 74. Papin. l. I defin. Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emp-

---

[1]) In Cod. ad l. 19 de ss. eccl. — [2]) Archiv f. Civ. Praxis XX p. 1 seg. — [3]) Pand. § 171 n. 2. — [4]) Dernburg § 211 n. 2. — [5]) Cfr. Biermann, Traditio ficta, p. 44, 96 seg.

tor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea. *cet.*

Ciò è ben facile a spiegare. Per i giureconsulti il possesso è res facti e non può iniziarsi che mediante un atto corporeo, che può essere bensì più o meno apparente, anche mediato, ovvero anche precedere; ma non si può abolire e non ammette surrogati o simboli. L'acquisto del possesso presuppone un potere di disposizione della cosa; e la tradizione deve avere valore ed effetto reale. Ciò si ottiene con la consegna delle chiavi in vicinanza dell' edificio; perchè allora si ha il mezzo idoneo per realizzare il potere di fatto sul medesimo, che è sul posto o vicino; e che perciò si trova immediatamente a disposizione esclusiva dell' acquirente: quoniam non ante certum est, in potestate nostra esse promere eas res, cum voluerimus, quam praesentia loci declaraverit nihil esse impedimento quod statim id facere possimus.[1])

Papiniano richiede ogni volta, nei casi più varii, per l' acquisto del possesso la presenza e ne fa una condizione essenziale che significa sempre potentemente col più conciso stile.[2]) Paolo e Prisco (Giavoleno) nel fr. 1 § 21. D, 41, 2, esigono che la cosa 'in praesentia sit', onde si acquisti direttamente al domino per mezzo di un procuratore; e le colonne si hanno per consegnate, se le parti 'in re praesenti consenserint'. Or sorprende che siffatta condizione, così essenziale, non è ripetuta nella chiusa del testo, dove si tratta della tradizione delle chiavi. Il testo invece conclude: et vina tradita videri cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint. Ma è facile riflettere che la frase 'apud horrea' non poteva mancare nemmeno in questo luogo dacchè quell' elemento era richiesto già da tutto lo sviluppo e da tutto l'andamento del passo[3]): fu dunque soppresso dai com-

---

[1]) Così Donello, Comm. IV, 18, 18; quest' opinione fu del resto sempre dominante presso gli antichi; anche Azone in Cod. de a. et r. p. (p. 742) esige la consegna: coram horreis. — [2]) Cfr. V. F. 264, 265: 'quod in re praesenti fuit'; fr. 31 § 1 D. 39, 5: filia praesens; fr. 25 pr. D. 16, 3: res oblatas puellae . . . pater suscepit, dove forse la presenza della fanciulla è significata con la frase: oblatas puellae. — [3]) L'opinione più diffusa tra i moderni sottintende senz' altro la vincinanza dell' edi-

pilatori. La stessa eliminazione è sicura negli altri due passi, cioè nel fr. 9 § 6, D. 41, 2, e nelle Inst. II, 1, 45 che provengono da Gaio II res cott..[1]) I due testi coincidono alla lettera. Dunque qui abbiamo un unico esemplare; che ritorna nel luogo corrispondente di Teofilo, dove però riappare, e messa in grande evidenza, la frase *ἐὰν παρεστὼς τῷ ὡρείῳ*.

Se ne conclude pertanto, necessariamente, che Gaio, da Sabiniano pedissequo, non solo non poteva omettere la condizione della presenza della cosa, ma che di fatto non la omise. Furono i compilatori ad espungerla, ben tre volte, nei testi più in vista, e cioè nelle Inst., nel titolo del Digesto de adqr. r. d., e nell' altro de adq. v. a. possessione, vale a dire sempre in sede materiae. E perciò la volontà del legislatore si è manifestata in modo chiaro: la tradizione delle chiavi effettua ora per sè stessa il trasferimento del possesso e della proprietà. La vicinanza dell' edificio non è più richiesta. Così venne a mutarsi il significato della tradizione delle chiavi, e quindi pure il valore della stessa: I giureconsulti avevano considerato le chiavi soltanto come un mezzo meccanico[2]) che rende possibile l'esercizio del potere di fatto sull' edificio, mentre nella compilazione esse divennero un simbolo: rappresentano la cosa, che perciò è indifferente sia vicina o lontana; precisamente come nel caso della tradizione dei documenti. I postglossatori videro bene il rapporto dei due casi e li ricongiunsero nella stessa categoria della traditio symbolica.[3]) Così il concetto della tradizione di Giustiniano

---

ficio: Exner, Traditio p. 100; Hruza, Grünhuts Zeit. XXIV p. 259 ed ivi citati.

[1]) Invece nella c. 2 Cod. IV, 48 sono sicuramente interpolate le parole: *et claves emptoribus traditas*, che non hanno nel testo alcuna funzione; cfr. Glossa 'et claves' ad h. l. e Azone in Cod. p. 345. La critica dell' Arnò, Archivio giur. IX p. 429, va in tutt' altra direzione. Ma l'interpolazione qui sostenuta è pure provata dal plurale 'emptoribus', mentre subito dopo ritorna il singolare 'ad emptorem'. — [2]) Irnerio gl. claves ad l. 1 § 21 de a. v. a. p.: quasi adminiculum custodiae; cf. Savigny, Besitz p. 224 n. 1. — [3]) Cfr. citazioni in Biermann o. c p. 96 seg. J. Faber ad § 45 J. II, 1: ipsam rem repraesentant ad instar instrumentorum.

faceva il suo cammino per il mondo, e doveva sopravvivere e trionfare.[1])

6. Appositio Custodis.

63. Vi è un punto nella tormentata teoria del possesso che è ancora dibattuto vanamente; ed invece il risultato e le varie fasi di sua formazione risaltano dalle discussioni dei giuristi del primo secolo con grande evidenza, nella rappresentazione viva di casi varii in quadretti realistici. Esso concerne precisamente l'acquisto del possesso che può effettuarsi senza un atto di apprensione da parte dell' acquirente, bensì mediante l'impiego di mezzi meccanici, o con la vista o col sussidio di individui chiamati a compiere una funzione prettamente materiale. Le persone possono essere estranee e libere, dacchè quì non si tratta dei casi di acquisto per mezzo di dipendenti o di rappresentanti. La corporalis possessio, cioè il potere di fatto sulla cosa, si attribuisce pure all' acquirente, quantunque egli non compia l'atto fisico di apprensione. La rappresentanza è ben altra cosa, ed è in ordine di tempo uno sviluppo ulteriore compiutosi nel secondo secolo.

Nella categoria qui considerata si annovera in primo luogo la tradizione che si effettua con la appositio custodis a cura dello acquirente, contemplata la prima volta, come sembra, da Labeone. L'esperienza quotidiana esigeva il riconoscimento dell' acquisto del possesso e della proprietà a favore della persona che non potendo compiere l'apprensione di cose di grande volume o peso, ne affidava la custodia ad un individuo; oppure, trovandosi le cose in altro luogo, vi inviava un custode. Ed il grande giurista inno-

[1]) Formatasi la categoria era naturale l'aggregazione di altri casi che niente avevano di simbolico, come il 'signare trabes' 15 § 1 D. 18, 6, cfr. 1 § 2 eod. Ma è evidente che il segno, marchio, bollo apposto a travi, giovenchi, botti da vino, è un vero atto di apprensione materiale, in quanto le cose o gli animali vengono in tal maniera distinti e separati dagli altri. E tali forme di appropriazione effettiva sono in uso anche oggi, perchè ad esempio per i giovenchi venduti che rimangono nell' armento comune, non si saprebbe escogitare altro mezzo di apprensione.



vatore disse che l'acquisto in tal caso si doveva ritenere verificatosi 'solo animo'.

Il celebre testo è così concepito:

51 D. 41, 2: 'Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis. Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique [*animi*] quodam genere possessio erit aestimanda.'

È necessario non fraintendere la dottrina di Labeone, il quale ritennè l'acquisto avvenuto 'solo animo' per l'unico motivo che un' apprensione effettiva delle cose non aveva avuto luogo; ma egli per altro riconosceva che il mucchio di legna e le anfore di vino fossero già, da quel momento, pervenute direttamente nel potere dell' acquirente, per via della custodia. Si trattava dunque di una semplice costruzione dottrinaria, per classificare il fenomeno, ma la realtà non subiva alterazione alcuna, l'effetto era quello che era, senza alcuna finzione.

Il dissenso dei giuristi fu immediato e franco rispetto alla costruzione di Labeone, riprovata subito dallo stesso Proculo, suo discepolo, il quale dirige appunto contro di essa la non meno celebre sentenza riportata da Paolo in D. 41, 2, 3, 3: 'Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio'.

E la giurisprudenza posteriore fu tutta concorde in questa massima, e dovette perciò per altra via spiegare l'acquisto del possesso mediante l'appositio custodis. Una interpretazione diversa fu data forse dallo stesso Proculo, che in tutta la materia del possesso segnò un' orma profonda, non meno insigne di quella del maestro. —

I precedenti più certi debbono essere qui segnalati, prima di affrontare l'esame del nostro testo.

E Proculo fu il primo ad ammettere, come è noto, nel caso più grave di acquisto originario del possesso, la equivalenza tra la effettiva apprensione personale e quella compiuta con mezzi meccanici. Le difficoltà gravi in questo caso, non sono dissimulate dal giurista nelle sue argomentazioni.

Ma egli giunge a riconoscere effettuato l'acquisto del cinghiale appena caduto nei lacci, predisposti a tal fine dal cacciatore, anche se questi si trovi in luogo distante. Quel che importa, osserva Proculo, è il resultato, la realtà. Se il cinghiale non può svincolarsi, esso è di fatto in potere del cacciatore; ergo il possesso è acquistato corporaliter:

fr. 55 D. 41. 1 . . . 'summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit'.

E Proculo aveva ragione: la decisione appare mirabile per sagacia quanto per arditezza, perchè, se il possesso è un fatto, è il risultato pratico, l'effetto reale che importa, e questo nella vita è riconoscibile sicuramente, nelle forme più varie.

Nel caso di tradizione, il problema si presentava, per ragioni intuitive, assai più facile. Prisco Giavoleno, osservando un gruppo di casi in cui si ometteva l'apprensione degli oggetti che si trasferivano, disse che l'acquisto aveva luogo 'oculis et affectu'. Egli corresse così, sapientemente, la dottrina di Labeone, congiungendo all' animo l'atto visivo, cioè un' attività da parte dell' acquirente, che, se non è materiale come l'aprensione, è tuttavia corporea, ed ha nella vita significato e forza uguale a quella 'corpore et tactu'. La cosa presente, messa a disposizione di chi vuole acquistarla, è in realtà nel potere di esso. Il testo, riferito anche questa volta da Paolo, illustra questa spiegazione con esempî analoghi a quelli portati da Labeone.

1 § 18 D. 41. 2 . . . . . . 'argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint'.

E la coincidenza qui, tra il fr. 51 e quello or citato di Paolo, si coglie pure rispetto alla terza persona adibita, nell'

uno e nell' altro, come mezzo materiale per l' acquisto del possesso. Paolo infatti riferisce nell' inizio del passo:

'Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait.'

Qui non si tratta, evidentemente, di acquisto per mezzo di rappresentante, bensì di acquisto diretto, corporaliter da parte dell'interessato; perchè la cosa si trova presente e nelle mani di persona di sua fiducia: videri mihi traditam.

Che Pricco sia Giavoleno non può essere dubbio. E lo stesso giurista in altra decisione disse che il creditore acquista la pecunia posta dal debitore 'in conspectu', sebbene non sia presa o toccata materialmente, perchè: 'quodammodo manu longa tradita aestimanda est'.[1])

Onde in tutti questi casi l'acquisto si effettua direttamente dalla persona cui la cosa è destinata, senza che abbia luogo da sua parte un atto di fisica appropriazione; sibbene l'atto è compiuto da un terzo, o semplicemente la cosa si trova presente, messa a disposizione dello acquirente. Analoga decisione riferita da Ulpiano l. 42 ad Sab. potrebbe derivare da Sabino. In essa si riconosce la tradizione della pietra o dell' albero attaccati al suolo, effettuata nel momento in cui la pietra viene estratta e l'albero sradicato o tagliato con la permissione del proprietario che volle alienarli:

Fr. 6 D. 39. 5: ...... 'statim cum lapis exemptus est meus fit .... quia quodammodo traditione meus factus est: plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit .... [*quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit*'.]

La chiusa del passo: '*Quasi traditio enim* ..... non è insospettabile per varii indizî —[2]); ma ciò non ha importanza, perchè il contenuto è classico. I compilatori poterono ridurre in breve la trattazione come la restrinsero con maggiore

---

[1]) Fr. 79 D. 46, 3. — [2]) Saxum invece di lapis è soltanto nei brani interpolati nell' inizio e nella chiusa del testo (v. Krüger ad h. l.), dove appare pure d'improvviso la forma impersonale; traditio manca della specificazione che era tanto più necessaria in quanto il verbo che segue è senza soggetto.



I precedenti più certi debbono essere qui segnalati, prima di affrontare l'esame del nostro testo.

E Proculo fu il primo ad ammettere, come è noto, nel caso più grave di acquisto originario del possesso, la equivalenza tra la effettiva apprensione personale e quella compiuta con mezzi meccanici. Le difficoltà gravi in questo caso, non sono dissimulate dal giurista nelle sue argomentazioni.

Ma egli giunge a riconoscere effettuato l'acquisto del cinghiale appena caduto nei lacci, predisposti a tal fine dal cacciatore, anche se questi si trovi in luogo distante. Quel che importa, osserva Proculo, è il resultato, la realtà. Se il cinghiale non può svincolarsi, esso è di fatto in potere del cacciatore; ergo il possesso è acquistato corporaliter:

fr. 55 D. 41. 1 . . . 'summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit'.

E Proculo aveva ragione: la decisione appare mirabile per sagacia quanto per arditezza, perchè, se il possesso è un fatto, è il risultato pratico, l'effetto reale che importa, e questo nella vita è riconoscibile sicuramente, nelle forme più varie.

Nel caso di tradizione, il problema si presentava, per ragioni intuitive, assai più facile. Prisco Giavoleno, osservando un gruppo di casi in cui si ometteva l'apprensione degli oggetti che si trasferivano, disse che l'acquisto aveva luogo 'oculis et affectu'. Egli corresse così, sapientemente, la dottrina di Labeone, congiungendo all' animo l'atto visivo, cioè un' attività da parte dell' acquirente, che, se non è materiale come l'aprensione, è tuttavia corporea, ed ha nella vita significato e forza uguale a quella 'corpore et tactu'. La cosa presente, messa a disposizione di chi vuole acquistarla, è in realtà nel potere di esso. Il testo, riferito anche questa volta da Paolo, illustra questa spiegazione con esempî analoghi a quelli portati da Labeone.

1 § 18 D. 41. 2 . . . . . . 'argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint'.

E la coincidenza qui, tra il fr. 51 e quello or citato di Paolo, si coglie pure rispetto alla terza persona adibita, nell'

uno e nell' altro, come mezzo materiale per l' acquisto del possesso. Paolo infatti riferisce nell' inizio del passo:

'Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait.'

Qui non si tratta, evidentemente, di acquisto per mezzo di rappresentante, bensì di acquisto diretto, corporaliter da parte dell'interessato; perchè la cosa si trova presente e nelle mani di persona di sua fiducia: videri mihi traditam.

Che Pricco sia Giavoleno non può essere dubbio. E lo stesso giurista in altra decisione disse che il creditore acquista la pecunia posta dal debitore 'in conspectu', sebbene non sia presa o toccata materialmente, perchè: 'quodammodo manu longa tradita aestimanda est'.[1])

Onde in tutti questi casi l'acquisto si effettua direttamente dalla persona cui la cosa è destinata, senza che abbia luogo da sua parte un atto di fisica appropriazione; sibbene l'atto è compiuto da un terzo, o semplicemente la cosa si trova presente, messa a disposizione dello acquirente. Analoga decisione riferita da Ulpiano l. 42 ad Sab. potrebbe derivare da Sabino. In essa si riconosce la tradizione della pietra o dell' albero attaccati al suolo, effettuata nel momento in cui la pietra viene estratta e l'albero sradicato o tagliato con la permissione del proprietario che volle alienarli:

Fr. 6 D. 39. 5: ...... 'statim cum lapis exemptus est meus fit .... quia quodammodo traditione meus factus est: plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit .... [*quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit*'.]

La chiusa del passo: '*Quasi traditio enim* ..... non è insospettabile per varii indizî —[2]); ma ciò non ha importanza, perchè il contenuto è classico. I compilatori poterono ridurre in breve la trattazione come la restrinsero con maggiore

---

[1]) Fr. 79 D. 46, 3. — [2]) Saxum invece di lapis è soltanto nei brani interpolati nell' inizio e nella chiusa del testo (v. Krüger ad h. l.), dove appare pure d'improvviso la forma impersonale; traditio manca della specificazione che era tanto più necessaria in quanto il verbo che segue è senza soggetto.



parsimonia nel testo parallelo in D. IV, 3, 34. Ed il valore della decisione per noi consiste nella menzione del mercenario, il quale può essere un uomo libero, certo non è schiavo dell' acquirente. E quindi l'apprensione dell' oggetto, nel momento in cui è separato dal suolo, è compiuta da un terzo, che non è un rappresentante, ma un semplice strumento che opera materialmente la presa del possesso. Che l'acquirente debba essere sul posto non è rilevato nella decisione, ed io dico che è indifferente, a ragione del confronto che sorge spontaneo col caso del cignale caduto nei lacci, mentre il cacciatore trovasi a distanza. E si avverta che l'acquisto compiuto ad opera del mercenario avviene per tradizione, lo strumento che effettua la presa è un essere ragionevole, elementi cotesti, che dovevano rendere, qui, la decisione più facile e piana.

Gli antichi giuristi non conobbero la rappresentanza nel possesso; ma la prepararono certamente con queste decisioni, nelle quali i fattori del possesso erano analizzati singolarmente. Si giunse allora ad affermare che il soggetto del possesso deve avere la volontà di acquistarlo, ma che egli può conseguire l'effetto reale con i mezzi più varii, anche trovandosi a distanza dalla cosa. Così, a Labeone che aveva ritenuto che la lettera a noi indirizzata diviene nostra, solo quando perviene nelle nostre mani, Paolo poteva opporre che a volte diviene nostra anche prima, cioè appena consegnata allo scrivano da noi inviato per averla, o, essendo stata da noi richiesta, appena ci fu spedita con qualsiasi mezzo.[1])

E Papiniano, con una costruzione più artifiziosa di quella realistica di Giavoleno, perviene tuttavia allo stesso risultato, ed ammette l'acquisto diretto delle cose donate alla sposa presente, che siano consegnate al marito o al padre.

Fr. 31 § 1. D. 39. 5 = V. F. 254 'Species extra dotem a matre viro filiae nomine traditas filiae quae praesens fuit, donatas et ab ea viro traditas videri respondi'. La stessa decisione è data da Papiniano in D. 16. 3. 25 pr. in cui la frase 'res oblatas puellae' significa che il dono fu fatto alla fanciulla sciente e forse presente, quantunque le cose furono

[1]) Fr. 65 pr. D. 41, 1.



consegnate al padre, che perciò risponde di deposito. Ma in un altro testo Papiniano nega l'acquisto alla vergine che ignora il dono presentato dallo sposo alla madre di lei.[1])

La scienza è dunque imprenscindibile per l'acquisto del possesso e del dominio; la cosa inoltre deve essere pervenuta nel potere dell' acquirente, ma nella realtà questo potere ha somma scioltezza di atteggiamenti, che sono grado a grado messi in evidenza dai giuristi.

Si spiega così il contrasto tra i varii esempi riferiti nelle fonti, che è determinato dall' esistenza o meno della signoria diretta sulla cosa. Le merci chiuse nel magazzino non vengono in nostro potere con la sola consegna delle chiavi fatta a distanza, perchè il potere deve essere sempre reale e non semplicemente potenziale.

Ed a questo punto possiamo riprendere l'esame del testo di Labeone per un' analisi più perspicace. Respinto in qualsiasi caso dalla giurisprudenza il tentativo del grande giurista repubblicano che riusciva a costruire un modo di acquisto del possesso 'solo animo', la soluzione, posto in campo il problema a proposito dell' appositio custodis, si dovette per altra via presentare agevole ai giuristi del primo secolo, i quali affermarono che il custode nella specie dovesse considerarsi come un mezzo meccanico per l'acquisto del possesso del compratore o donatario. Onde il possesso si attribuì pure all' acquirente corporaliter come precisamente nel caso del lapis exemptus dal mercenario.

Or questa proposizione segue e contrasta nel fr. 51 in esame la sentenza di Labeone, e può benissimo essere derivata da Proculo che annotò le opere del maestro; certamente non è dello stesso Labeone e nemmeno di Giavoleno, che nel seguito del passo considera le due diverse soluzioni; e,

[1]) Fr. 31 § 1 D. 3, 5 Pap. 3, resp. ignorante virgine mater a sponso filiae res donatas suscepit [*quia mandati vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur*]. L'interpolazione della seconda parte è evidente; Papiniano doveva negare espressamente l'acquisto del dono alla sposa, e perciò indicare come possibile la reivindicatio che poteva esercitare il donante. I compilatori, invece, dànno certamente alla sposa l'a. neg. gest., invertendo quindi profondamente la decisione di Papiniano. L'actio negotiorum gestorum è sempre preferita dai Commissarii come azione sussidiaria.

con ponderata valutazione dell' una e dell' altra, si attiene alla seconda. Si tratta, egli dice, di vedere se l'acquisto mediante appositio custodis non debba considerarsi veramente 'corpore'; perchè nella realtà nulla importa che le cose a noi rilasciate siano custodite personalmente da noi stessi o da altri[1]) per nostro incarico; dacchè nell' uno e nell' altro caso 'corporis quodam genere possessio erit aestimanda'.

Onde il testo si riconduce al dettato originario distinguendovi tre parti, nel modo come appresso:

51 D. 41. 2: Iavolenus libro V ex posterioribus Labeonis: 'Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae anphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit [Proculus], ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. [Iavolenus.] in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique [corporis] 'quodam genere possessio erit aestimanda . .' —

Il passo riportato dai digesti subì, dunque, ritocchi per sè stessi lievi, ma di una grande efficienza. I compilatori vi eliminarono, come di consueto, i nomi dei giuristi per dare al testo una forma compatta. La unificazione delle varie parti di esso era necessaria, avendo i commissari sostituito a 'corporis' la parola 'animi'; con la quale la dottrina di Labeone era rimessa in onore, e ridottto il testo ad unità. Ora infatti l'inizio del passo combacia perfettamente con la fine[2]), e vi trionfa Labeone, ma soltanto, come dirò subito, rispetto ai verba. Nè ciò fu compiuto per semplice

---

[1]) Custos è ricordato nelle più varie applicazioni nella vita romana, nell' azienda agricola con facoltà dispostive perfettamente eguali a quelle del dominus; Cato, agric. 145: 'facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit . . . qui placebunt domino aut custodi . . . . nisi quod custos dederit aut dominus.' — [2]) Alibrandi Opp. 257 rileva ciò per combattere Cuiacio e per dire che il testo è in perfetto ordine.



capriccio, per vaghezza di cose peregrine, nè tampoco per accogliere teorie astratte. Modificazioni così profonde dei testi classici, che mutano di punto in bianco una dottrina, dovettero sempre essere determinate da ragioni legislative. Le quali qui sono palesi, per il diverso indirizzo che i compilatori seguirono in ordine alla concezione della traditio.

E la nuova tendenza è ormai dimostrata e precisa, nel senso, che i Greci vollero spogliare la tradizione dagli elementi di fatto che essa aveva nelle opere dei giuristi, elementi più o meno materiali, non imposti, ma tratti dalla realtà, per l'effetto pratico che la traditio doveva produrre sicuramente e per la funzione che era destinata a compiere nel mondo romano. Siffatta concezione era estranea ai giuristi bizantini, i quali conoscevano la traditio come una dichiarazione di volontà inserita nell' istrumento di alienazione, e che si compie perciò pure mediante simboli, col solo animo, per forza di diritto (iure) senza alcuna realtà nei mezzi e nel risultato effettivo. Concezione spirituale questa della traditio che è così diffusa e potentemente espressa nella compilazione, che noi siamo indotti ora ad asserire che i compilatori dovevano necessariamente e con grande spontaneità sostituire nel fr. 51 la parola 'animi' a 'corporis'.

L'alterazione del testo fu osservata dal Cuiacio.[1]) Ma l'importanza di essa non poteva rivelarsi a quell' interpetre sovrano, perchè sinora mancarono gli elementi più sicuri e fondamentali di cognizione: perchè tuttora non si tien conto di quel fiotto di nuovo sangue che circola nella legislazione di Giustiniano. Cuiacio suppose un errore di amanuense, che è qui impossibile. Ma gli interpetri più antichi avevano saputo apprezzare tutta l'importanza della decisione, come è riportata nei Digesti, ed annoverarono l'appositio custodis tra i casi di ficta traditio.[2]) Così tutta l'analisi fatigata dei Romani giureconsulti rimaneva sommersa.

---

[1]) Opp. ad l. 51 de poss. vol. VII p. 1321 (Prati). — [2]) Azone, Summa in Cod. VII, 32. Per i Postglossatori cfr. Biermann o. c. p. 95. La glossa, invece, (ait Labeo) ritenne l'acquisto animo et corpore perchè suppone le cose in praesentia come nel fr. 1 § 2 ibid.



con ponderata valutazione dell' una e dell' altra, si attiene alla seconda. Si tratta, egli dice, di vedere se l'acquisto mediante appositio custodis non debba considerarsi veramente 'corpore'; perchè nella realtà nulla importa che le cose a noi rilasciate siano custodite personalmente da noi stessi o da altri[1]) per nostro incarico; dacchè nell' uno e nell' altro caso 'corporis quodam genere possessio erit aestimanda'.

Onde il testo si riconduce al dettato originario distinguendovi tre parti, nel modo come appresso:

51 D. 41. 2: Iavolenus libro V ex posterioribus Labeonis: 'Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae anphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit [Proculus], ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. [Iavolenus.] in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique [corporis] 'quodam genere possessio erit aestimanda . .' —

Il passo riportato dai digesti subi, dunque, ritocchi per sè stessi lievi, ma di una grande efficienza. I compilatori vi eliminarono, come di consueto, i nomi dei giuristi per dare al testo una forma compatta. La unificazione delle varie parti di esso era necessaria, avendo i commissari sostituito a 'corporis' la parola 'animi'; con la quale la dottrina di Labeone era rimessa in onore, e ridottto il testo ad unità. Ora infatti l'inizio del passo combacia perfettamente con la fine[2]), e vi trionfa Labeone, ma soltanto, come dirò subito, rispetto ai verba. Nè ciò fu compiuto per semplice

---

[1]) Custos è ricordato nelle più varie applicazioni nella vita romana, nell' azienda agricola con facoltà dispostive perfettamente eguali a quelle del dominus; Cato, agric. 145: 'facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit . . . qui placebunt domino aut custodi . . . . nisi quod custos dederit aut dominus.' — [2]) Alibrandi Opp. 257 rileva ciò per combattere Cuiacio e per dire che il testo è in perfetto ordine.



capriccio, per vaghezza di cose peregrine, nè tampoco per accogliere teorie astratte. Modificazioni cosi profonde dei testi classici, che mutano di punto in bianco una dottrina, dovettero sempre essere determinate da ragioni legislative. Le quali qui sono palesi, per il diverso indirizzo che i compilatori seguirono in ordine alla concezione della traditio.

E la nuova tendenza è ormai dimostrata e precisa, nel senso, che i Greci vollero spogliare la tradizione dagli elimenti di fatto che essa aveva nelle opere dei giuristi, elementi più o meno materiali, non imposti, ma tratti dalla realtà, per l'effetto pratico che la traditio doveva produrre sicuramente e per la funzione che era destinata a compiere nel mondo romano. Siffatta concezione era estranea ai giuristi bizantini, i quali conoscevano la traditio come una dichiarazione di volontà inserita nell' istrumento di alienazione, e che si compie perciò pure mediante simboli, col solo animo, per forza di diritto (iure) senza alcuna realtà nei mezzi e nel risultato effettivo. Concezione spirituale questa della traditio che è così diffusa e potentemente espressa nella compilazione, che noi siamo indotti ora ad asserire che i compilatori dovevano necessariamente e con grande spontaneità sostituire nel fr. 51 la parola 'animi' a 'corporis'.

L'alterazione del testo fu osservata dal Cuiacio.[1]) Ma l'importanza di essa non poteva rivelarsi a quell' interpetre sovrano, perchè sinora mancarono gli elementi più sicuri e fondamentali di cognizione: perchè tuttora non si tien conto di quel fiotto di nuovo sangue che circola nella legislazione di Giustiniano. Cuiacio suppose un errore di amanuense, che è qui impossibile. Ma gli interpetri più antichi avevano saputo apprezzare tutta l'importanza della decisione, come è riportata nei Digesti, ed annoverarono l'appositio custodis tra i casi di ficta traditio.[2]) Così tutta l'analisi fatigata dei Romani giureconsulti rimaneva sommersa.

---

[1]) Opp. ad l. 51 de poss. vol. VII p. 1321 (Prati). — [2]) Azone, Summa in Cod. VII, 32. Per i Postglossatori cfr. Biermann o. c. p. 95. La glossa, invece, (ait Labeo) ritenne l'acquisto animo et corpore perchè suppone le cose in praesentia come nel fr. 1 § 2 ibid.

7. Traditio ususfructus, servitutis.

64. Solo per confronto, onde mostrare tutto l'indirizzo del diritto giustinianeo, giova pure considerare la traditio come modo per costituire l'usufrutto e le servitù. Indubbiamente essa è una forma indipendente dalla patientia, che sta a sè.[1]) Ma Giustiniano rinvenne questa volta un addentellato negli scritti dei giureconsulti; dacchè Giavoleno escludendo, come era manifesto[2]), la tradizione di cose incorporali aveva pur notato: usum....... pro traditione possessionis accipiendum esse [fr. 20 D. VIII, 1]; per cui si arrivò pure alla quasi possessio.[3])

La frase di Giavoleno, com' è intuitivo, non vuol significare che nella costituzione di servitù abbia luogo una traditio, ma serviva a mettere in ogni caso fuori dubbio l'obbligazione del costituente la servitù alla garenzia, con una rappresentazione plastica, sulla base di una analogia, la quale forma di costruzione giuridica fu prediletta ai romani e specialmente poi al grande discepolo di Giavoleno. L'usus dunque, diceva Giavoleno, consiste in un atto corporale, almeno nell' inizio della servitú, e può paragonarsi alla traditio possessionis delle cose corporali.[4]) I compilatori furono impressionati di questa correlazione tra le due cose; e con la loro meravigliosa facilità costruttiva elevarono l'analogia ad equazione perfetta, ed annoverarono senz' altro la traditio tra i modi di costituire le servitù, e quindi anche l'usufrutto. Ed è perciò che l'usufrutto appare nella compilazione in una forma ibrida; da una parte come 'quasi possessio' e dall' altra come 'naturalis possessio' secondo la invariata denominazione dei classici.[5]) L'espediente inventato da Triboniano è per altro ben noto e documentato a dovizia.[6])

In primo luogo dal confronto dei V. F. 61, con il fr. 1 D. VII, 4, estratti da Ulpiano XVII ad Sab. Nei digesti si

---

[1]) Cfr. H. Krüger, Die Praet. Servitut p. 107; Stefano in B. XV, 2, 11 sch. 8 [Zachariä p. 43]. — [2]) Cfr. Pomp. ad Sab. in D. 19, 1, 3, 2; Gaio D. 41, 1, 43, 1. — [3]) Gai. IV, 139. — [4]) Vedi Appendice IV. — [5]) Cfr. Riccobono, ZSS. v. 31 p. 321 seg. — [6]) Cfr. Perozzi, Rivista ital. per le scienze giuridiche, vol. 23; nè importa il dissenso, in singoli punti, intorno alla estensione ed al significato delle interpolazioni.

legge il periodo 'proinde [traditus quoque] usus fructus' mentre la breve lacuna del Ms. Vatîcano non può accogliere tutti questi elementi verbali; e quindi le parole traditus quoque risultano aggiunte da Triboniano.[1])

La stessa interpolazione ritorna nei seguenti passi:

fr. 11 § 1 D. VI, 2. Ulp. 16 ad ed. [*tradito*] .... [*Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis* ....]; 25 § 7 D. 7, 1, Ulp. 18 ad Sab. *per traditionem.*

3 D. 7, 6, Iul. 7 dig. [*traditum*]; 1 § 2 D. 8, 3, Ulp. II Inst. *traditio plane.*

3 § 8 D. 43, 19, Ulp. 70 ad ed. [*et traditus*].

32 D. 8, 3. Afric. 6 quaest. *tradidisti*; 3 pr. D. 7, 1. Gai. 2 res cott .... *dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium eumque patiatur uti frui.*

In quest' ultimo passo trattava Gaio dei modi di costituire l'usufrutto secondo le varie forme in cui il legato era ordinato. Ciò appare tuttora dal testo rifatto dai compilatori. E quindi Gaio, nell' originale, aveva dovuto descrivere le forme diverse, che in succinto si possono indicare nel seguente schema[2]):

a) Legatum per damn. = dare; cfr. Gai. II, 30 seg.
b) Legatum per vindic. = si induxerit legatarium in fundum.[3])
c) Legatum sinendi modo = sinere autem intellegitur, si patiatur eum uti frui.[4])

Da da tutte queste varie formole, rimescolate insieme, dacchè non potevano servire per il nuovo diritto, i compilatori

---

[1]) Cfr. Mommsen V. F. l. c. — [2]) Cfr. Gai. II, 192 seg. — [3]) La frase ritorna in Gaio: D. 33, 2, 29 nel caso di fedecommesso di usufrutto, ed in Marciano: D. 20, 1, 11, 1, nell' anticresi; cioè sempre per descrivere il semplice fatto della ammissione d'un terzo nell' immobile, senza che se ne rilasci il possesso. Nel leg. per vind., essendo l'usufrutto costituito direttamente, l'erede ha soltanto l'obbligo di ammettere il legatario nel fondo. La frase 'inducere in vacuam poss.' ha ben altro valore, ed è tecnica nella traditio del possesso; ma tutta la forza speciale le è conferita dalla parola 'vacua'. — [4]) Cfr. Gai. II, 214. Le ricostruzioni del passo finora tentate sono per ciò tutte manchevoli, particolarmente là dove indicano come interpolate ex novo le parole: si induxerit leg. in fundum' cfr. da ultimo Messina, il legato di usufrutto p. 21, 35 ed ivi citati.

seppero ricavare un periodo, che è bizzarro ed incolore, ma che intende rappresentare lo stato del nuovo diritto, in cui l'usufrutto ordinato per legato si ritiene costituito sempre direttamente in forza del testamento.

I Romani dunque non potevano nemmeno proporsi il problema se l'usufrutto o le servitú potessero costituirsi per tradizione. Se il giureconsulto Paolo in V. F. 47a, trattando dei modi di costituire l'usufrutto, scrive: 'non traditione, quae juris gentium est', egli non intende menomamente dire che l'usufrutto non può costituirsi mediante tradizione; ma sibbene che ove si effettui la traditio di res nec mancipi, non si possa per deductio costituire l'usufrutto. La visione dunque di una possibile costituzione di usufrutto o di servitú, mediante tradizione non poteva affacciarsi a nessun giureconsulto. Stefano, il maestro bizantino, che pure era addentro nei misteri della compilazione, imbattendosi in quest' altra applicazione della traditio a cose incorporali, nota che è fatta: *καταχρηστικῶς*[1]): commento discreto ma significativo alla innovazione di Giustiniano. Per noi la figura della traditio servitutis ha interesse particolare. Anzitutto appare ora piana e naturale; poichè se Giustiniano opera con il concetto di una tradizione fittizia, tacita, simbolica, iure facta, cioè con figure tutte immateriali di tradizione, egli poteva bene, poi, senza il menomo sforzo, farne applicazione alle cose incorporali. In questo senso la traditio servitutis serve di sfondo al quadro che abbiamo disegnato. E per altro essa era annoverata dagli scrittori di diritto comune nella categoria della ficta traditio.[2])

Cap. VII.
Casi di acquisto della proprietà senza possesso. Riepilogo.

65. Nel diritto di Giustiniano la proprietà può trasferirsi senza tradizione effettiva, ed anche in virtù del solo contratto.

---

[1]) B. XV, 2, 11 sch. 10 [Zachariä p. 44]. — [2]) Cfr. M. Wesembeck, Comm. in Inst., Isagoge l. II n. 28 p. 88; I. Hotman, Scholae ad l. 20 Cod. de pactis; opp. V. III pag. 281; S. Stryk, V. VIII, Disp. XI, 2, 1; Pothier, des obligations § 317. Cfr. Biermann, o. c. p. 164.

La dimostrazione può ritenersi, per ora, esaurita. Nè vi ha pertanto interesse ad addentrarsi in una indagine più minuta, per raccogliere tutti i casi che occorrono nelle fonti di trasferimento del dominio per semplice disposizione di volontà, negli atti tra vivi e mortis causa.

Ma alcuni punti, che sono di certo più lontani e laterali, debbono almeno essere accennati, per potere abbracciare con uno sguardo complessivo l'opera di Giustiniano.

Tra questi rilevo:

La riforma di Giustiniano in materia di legati, di cui ora è ammesso, in ogni caso, l'acquisto diretto all' onorato.[1])

Il passaggio del dominio senza tradizione nella mortis causa donatio, pareggiata ora ai legati e fedecommessi.[2])

La efficacia della donazione della madre ai figli in potestate, effettuata con traslazione della proprietà al padre e che va poi direttamente ai donatarii, alla morte dello avente potestà.[3])

---

[1]) Riporto della celebre costituzione il brano in cui Giustiniano tenta giustificare l'ammissibilità dell' azione reale pure contro terzi, contemplati nel testamento: c. 1 in f. Cod. VI, 43 (a. 529): ...... et haec disposuimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. Cfr. Nov. 108 c. 2. — [2]) Fr. 2 D. VI, 2 in connessione col testo che precede. L'applicazione del nuovo principio è chiara, come apparve pure al Savigny, System IV p. 245, il quale però attribui quel raggruppamento a mera distrazione dei compilatori! Il testo provocò vive discussioni fra gli antichi scrittori. Cfr. A. Fabro de Err. 44, 9. Il pareggiamento della mortis causa donatio al legato è per altro esplicitamente dichiarato da Giustiniano: c. 4 Cod. 8, 56; Nov. 87 pr. Cfr. Isidoro: B. 47, 3, 48 scolio 1. — [3]) C. 5 C. VIII, 54. Diocleț. et Max. AA et CC. Dexippo. Si quid mater filiae suae in potestate patris constitutae sub hac condicione, si fuerit intra biennium emancipata, donavit [*licet hoc matris voluntate sui iuris effecta non tenuit,* tamen] prius marito defuncto sui iuris quocumque modo effecta ad similitudinem legati ita relicti rem donatam firmiter habere [*vel vindicare*] potest. L'aggiunta delle parole '*vel vindicare*' è palese; ma anche il periodo: '*licet ..... non tenuit*', si manifesta di fattura bizantina per la forma dell' indicativo, e quindi non è

La utilis rei vindicatio nei casi in cui sia stato compiuto l'acquisto di una cosa con denaro d'altri; onde il creditore può richiederla mediante l'azione reale.[1] E quest' ultimo esempio richiama alla memoria la categoria della utilis in

ammissibile la trasposizione suggerita dal Krüger ad h. l. delle parole 'prius marito defuncto', dopo '*licet*'. Che il rescritto avesse affermato comunque la validità del trasferimento di proprietà in seguito alla donazione al marito è difficile crederlo. Lo stesso caso è trattato da Marcello in D. 24, 1, 49 altro frammento fortemente interpolato; ma qui debbo limitarmi a riprodurre il testo ed in confronto la probabile restituzione del suo tenore originario. Marcellus libro septimo digestorum.

Sulpicius Marcello: Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri *tradidit*, uti post mortem restituatur filio. quaero, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur, [*an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si noluerit, eum repetere*], respondit: [si] color [vel] titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit [*traditio, idem si*] hoc exegit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus; [*alioquin si solo eius ministerio usa est et id egit, ut vel revocare sibi liceret vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset*]?

Sulpicius Marcello: Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri [mancipavit], uti post mortem restituatur filio. quaero an donatio tibi videatur ut nihil agatur? Respondit: [non tantum] color [sed etiam] titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, [et ideo] nihil valebit [mancipatio, nam] hoc exigit uxor ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus.

. . . . ? ? . . . .

[Nel brano che segue è evidente la mano di Triboniano. Vi si fa un' ipotesi che non corrisponde al caso concreto che era in esame; il 'fundus' si trasforma in 'res' etcc.]

Questo punto di diritto era del resto controverso tra i giuristi; cfr. Savigny, System IV, 60 e testi ivi citati: L'opinione di Giuliano in D. 23. 3. 5. 9, che si pronunzia in favore della donazione è evidentemente determinata dal presupposto della immediata consegna della cosa alla figlia, a titolo di dote; ma anche questo fr. nella chiusa: *rectissime . . . . et ita utimur*, ha impronta Giustinianea. Ad ogni modo, il tenore dei passi che ammettono la validità della donazione ai fini della dote, esclude l'ammissibilità del principio generale, che figura nei testi trascritti e da me sospettati; cfr. V. F. 269 (Ulpiano); D. 24, 1, 3, 4 (Ulp.).

[1]) Esempio in D. 24, 1, 55: *sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accomodare.* Cfr. Mancaleoni, o. c. nella nota che segue.

rem actio, la quale si sviluppa da questo tronco e si svolge in direzione parallela. La categoria infatti abbraccia varii casi, in cui Giustiniano trasformò una ragione obbligatoria in un diritto reale, e delle volte creò addirittura un diritto reale su cose pertinenti ad altri, laddove per il diritto classico non esisteva nemmeno una ragione personale.[1])

Ma per tutti questi casi e raffronti basta il cenno fuggevole.

66. Fermiamoci piuttosto un istante, per porre in rilievo il risultato complessivo dell' analisi compiuta di un ricco materiale che ne apparve fortemente rifuso dal legislatore del VI secolo. Ed il risultato si compone in una linea semplice e ben rilevata; cioè che il trasferimento della proprietà ora può compiersi senza la tradizione e nei modi più varii. Esso si effettua con la semplice consegna dei titoli di proprietà[2]); mediante la clausola di riserva di usufrutto[3]); in virtù della dichiarazione fatta col consenso del proprietario nelle liste censuali, a nome proprio dall' acquirente[4]); in forza della iscrizione dei fondi nei registri censuali in testa agli acquirenti[5]); per via del pagamento di tributi eseguito da colui che avesse avuto dal proprietario la dichiarazione di donazione[6]); in forza dell' istrumento dotale[7]), o di donazione[8]) etc.; in seguito al contratto di società di tutti i beni[9]); e parimenti nella donazione di tutti i beni o di una quota per via della scrittura[10]); con la tradizione delle chiavi fatta dovunque[11]); o mediante l'acquisto del possesso 'solo animo'[12]); direttamente per legato, fedecommesso[13]) o per donazione a causa di morte[14]); in tutti gli acquisti a favore di chiese ed opere pie per via del semplice contratto[15]); ed in generale in forza dell' istrumento debitamente sottoscritto.[16])

---

[1]) Cfr. Mancaleoni, Reivindicatio utilis 1900: Un celebre esempio in D. VI, 1, 5, 3: *utilem in rem actionem dabant*, cfr. Riccobono, in Bullettino IDR. 18 p. 211. Ma qui mi riferisco ai casi in cui l'azione reale è sostituita a quella personale; cfr. Appleton, Revue générale du droit v. 37 p. 56. — [2]) C. 1 C. VIII, 53. — [3]) C. 28, 35 § 5 C. eod. — [4]) C. 7 eod. — [5]) C. 8 eod. — [6]) C. 4 C. VIII, 53. — [7]) Fr. 16 D. XXIII 5; c. 1, 4 Cod. V, 11. — [8]) C. 23, 29 Cod. 8, 53. — [9]) Fr. 1, 2 D. XVII, 2. — [10]) C. 11 [cfr. Consult. 6, 10] 35 § 5 C. eod. — [11]) Fr. 1 § 21 D. XLI, 2, fr. 9 § 6 D. XLI, 1; J. II, 1, 45. — [12]) Fr. 51 D. 41, 2 — [13]) C. 1 C. VI, 43. — [14]) Fr. 2 D. VI, 2. — [15]) C. 23 C. I, 2. — [16]) C. 10 Cod. VIII, 53; C. 18 Cod. IV, 19.



Le quali forme tutte figurano, è vero, qua e là nel Corpus iuris come eccezioni al principio generale che richiede per il trasferimento del dominio la necessità della traditio; ma sono, tuttavia, eccezioni che nell' insieme costituiscono un' unità salda e potente, e che si dispiegano per tutto il campo del diritto privato; in quello di famiglia come nel commercio dei beni, nei negozii a titolo gratuito o a titolo oneroso, in quelli inter vivos o mortis causa; ed hanno poi, nella varietà delle figure e dei mezzi, un minimo comune denominatore: la dichiarazione di volontà del disponente, il mutuo consenso nei negozii inter vivos, manifestato, di regola, per mezzo della scrittura. Il risultato è dunque fermo ed è limpidissimo.

Giustiniano applicò il principio del passaggio della proprietà senza tradizione in un numero di casi rilevante, in forme volta a volta varie, ma tutte convergenti ad un fine: a soppiantare uno dei punti fondamentali del sistema romano. La riforma fu attuata di soppiatto; mai è dichiarata esplicitamente, almeno per quanto riguarda i negozii tra vivi. Ma è pur certo che egli non esige più la tradizione corporale o comunque effettiva della cosa, ma ritiene all' uopo sufficiente una tradizione finta, che si compie, o meglio si ritiene compiuta, 'animo', 'iure', 'tacitamente', per 'via di simboli', 'per dichiarazioni presso ufficî amministrativi', 'in forza del contratto o dello instrumento sottoscritto', comunque insomma, e sempre con la stessa efficacia della tradizione reale. Onde traducendo in una formula effettiva e più semplice tutte coteste applicazioni, noi dobbiamo dire che il diritto di Giustiniano inaugurò, nella sostanza, il sistema del trasferimento della proprietà in forza del consenso, comunque manifestato negli atti tra vivi.

Che la tradizione figura ancora nella Compilazione come il principio generale non si può negare, nè deve mettersi in dubbio. Ed è altresì vero che nell' apparenza il principio è anche assoluto. Ma ora tutti dovrebbero vedere che lo è soltanto per virtù d'artifizio, per forza d'inerzia. Giustiniano opera spesso così, nelle sue riforme fondamentali. Non attacca di fronte le norme tradizionali, non le soppianta; ma vi edifica sopra e cura di conservare intatta l'antica base

non solo, ma pure l'architettura. Insomma, la '*traditio ficta, tacita, symbolica, jure facta*', o comunque riconosciuta efficace, è semplicemente una concezione di stile, in obbedienza alla architettura classica.

Il vantaggio era evidente. Si seguiva un processo storico elementare per cui il nuovo si innesta sull' antico; ed era insieme per i compilatori un processo logico ed utile, che essi applicarono in forme differenti ma sempre in linee convergenti, e rese la compilazione possibile e relativamente facile, potendosi così utilizzare un materiale prezioso, che altrimenti avrebbe dovuto disfarsi fino in fondo.

Anche qui dunque la superba costruzione romana restò in piedi; ma l'Oriente trionfava nella realtà. La tradizione aveva perduto la sua funzione essenziale, il suo carattere e la sua destinazione. E come una casa vuota, fatalmente, era destinata a rovinare.

Il processo storico, attraverso contrasti ed espedienti infiniti e clausole e finzioni, che si trascinano per secoli, si compie finalmente nel Code Civil; in cui si afferma apertamente ed assoluto il principio: che la proprietà delle cose si trasferisce in forza del contratto di vendita, di donazione, di permuta etcc., senza che sia necessaria la tradizione. E pertanto il Codice Francese non contiene un principio nuovo, e niente creò in questa dottrina; ma piuttosto adottò in proposito tutta la sostanza del diritto Comune; la quale non si era formata per caso, via facendo, senza alcun fondamento legislativo o per traviamenti della pratica, o per influenze estranee, ma sibbene in forza dell' applicazione e dello svolgimento naturale della grande legislazione. Il Codice francese fece soltanto questo: rese inutili e fece cadere tutte le clausole e formole di stile che fino a quel momento avevano ingombrato il repertorio notarile. Quest' affermazione sarà chiarita ben tosto, nei capitoli che seguono.[1])

---

[1]) Una verità così lampante, che era stata per giunta rivelata nella forma più chiara dagli scrittori fin da sec. XVII, poté solo essere annebbiata e posta in oblio dalla celebre opera del Savigny sul Possesso. Ma per valutare la formazione del principio moderno in ordine al passaggio della proprietà col solo consenso, occorre ora rileggere alcune pagine di scrittori che non vissero sotto l'influenza



Cap. VIII.

I papiri ravennati.

67. Le carte provenienti dal Ravennate contengono un ricco materiale che è veramente prezioso anche nell' ambito delle nostre ricerche; perscrutato a tal fine dagli scrittori con premurosa insistenza, da ogni lato, ma con risultati in un senso o nell' altro troppo levigati e quindi incompiuti. Quei documenti infatti servirono finora per provare la necessità della corporalis traditio, prima e dopo Giustiniano; e per sostenere con pari forza la scomparsa della tradizione reale, sostituita da clausole inserite nell' atto o dalla consegna della carta medesima. La compilazione di Giustiniano si prestava nel dibattito come base comoda per le diverse affermazioni.

Ma schiarito il problema in ogni direzione rispetto alle fonti legislative, è facile ora vedere che anche i papiri ravennati debbono distinguersi in due classi: la prima che comprende i documenti pregiustinianei, o meglio anteriori al 553, cioè dappresso al momento in cui la Compilazione fu estesa all' Italia; la seconda che abbraccia i documenti posteriori a quella data.[1])

---

degli umanisti. Esempio: Frommann 'de ficta seu quasi traditione', 1662 .... 8: Egli conclude che l'efficacia del trasferimento del dominio si deve alla volontà ... non quidem simpliciter, sed antiquitatis veneratione, ne a juris antiqui regula et instituto nimium recedere viderentur sub schemate, colore, specie et imagine verae traditionis. E. J. Herm. Böhmer, Exercit. v. V. Exc. 82 ad lib. 41. 1 p. 307 osserva che la distinzione di tr. vera e ficta proviene dai giureconsulti 'nimis superstitiose traditioni inhaerentes'. — In effectu enim, qui traditionem fictam allegant, eam prorsus negant, et in voluntate promittentis clara et evidente acquiescunt, ut simplicius forsan sine eiusmodi involucro dici potuisset, praeter promissionem ad effectum dominii transferendi traditionem desiderari, nisi evidens et conclamatum fuerit ex solo promisso dominium in alterum transferre promissorem, a se vero omne ius in re promissa abdicare voluisse. Cfr. Biermann o. c. p. 284 seg.

[1]) La differenza fu pure notata dal Brunner, o. c. p. 122, in un punto essenziale, cioè rispetto alla scomparsa nella seconda metà del sec. VI del diploma vacuale e dell' epistula traditionis. Ma Brunner non potè trarre alcun vantaggio da questo fatto notevolissimo, perchè egli, come è noto, affidandosi precipuamente alla Compilazione di

I. Nelle carte del primo periodo la 'traditio' romana figura ancora viva, in tutta la sua realtà, in intimo accordo con la dottrina dei giureconsulti classici e con le solennità prescritte da Costantino.

Il documento più importante è certamente il p. 83 della raccolta del Marini, che contiene la relazione della solenne traditio di fondi nel territorio di Siracusa, donati da Odoacre a certo Pierio nell' anno 489, e che è del seguente tenore:

Col. IV. et praesentibus Actoribus Pieri v. i. traditio corporalis...... et cum hodie ambulaissent et pervenissent ad singula praedia adque introissent..... et inquilinos sive servos et circuissent omnes fines terminos agros arbos cultos vel incultos seu..... et traditio corporalis celebrata fuisset Actoribus Pieri v. i....... et alio die ad civitatem reversi fuissent *cet.*[1])

Il documento, come si vede, applica con naturalissima esagerazione la nota dottrina di Paolo del fr. 3 § 1 D. 41, 2.

Il p. 113 dell' a. 504, contiene l'allegazione agli atti nella Curia ravennate d'un contratto di compra d'un fondo. Il compratore prega il magistrato d'interrogare il venditore circa le compiute solennità della compra, e fra altro intorno alla eseguita tradizione del fondo: si traditionem mihi sollemniter coelebraverit.[2])

Il p. 115 dell' anno 540 contiene un contratto di vendita d'un fondo, e vi si attesta che la tradizione è ancora da eseguire:

Col. 2 l. 8, 9; et quia sola traditio ei deest..... quolibet modo aut quolibet tempore quando eidem emptori placuerit sollemnem traditionem celebrari ut adgnoscat ad se deinceps omnia pertinere *cet.*

La menzione espressa della tradizione ancora non eseguita esclude qualsiasi sospetto che possa trattarsi di una clausola di stile, senza la reale consegna del fondo; mentre la forza

---

Giustiniano, fu indotto a riportare al sec. III l'inizio di un così grande rivolgimento in ordine al valore ed all' efficacia del documento, che attribuì all' influenza del diritto volgare.

[1]) Marini, I Papiri diplomatici p. 130; Spangenberg, Tabulae negot. p. 171. — [2]) Cfr. avanti, c. IV, testi citati a p. 168.

della tradizione è messa in rilievo nell' ultima frase trascritta; ad se deinceps omnia pertinere.[1])

Pap. 117; concerne una vendita dell' a. 541, con documentazione della tradizione; l. 6, sollemnem traditionem his venditor celebravit suo conparatori.

Pap. 118 contiene una vendita dell' a. 540 circa; ed in ordine alla tradizione si richiama il diploma vacuale come appresso: inque vacuam possessionem quatuor unciarum fundi .... inde exisse excessisse dixique et dixit et eundem vv Alamud d. comperatorem Actoresq. eius in rem ire mittere ingredi possidereque permisit sicut alio dipplomum vacuali super ac re scribere ......[2])

Pap. 119 dell' a. 551; contempla la tradizione corporale, ai fini del trasferimento del dominio, dandosi facoltà al compratore d'immettersi nel possesso col consenso dell' alienante e senza richiederne la presenza:

l. 58: traditionem praeterea corporalem pro translatione dominii nostri fide publica et testimonio: tibi ss. Petro ùr Dèf conparatori Actoribusque tuis juxta fidem traditionis epistule huic documento consensientis fieri: damus tribuimus et concedimus licentiam ita ut in traditione corporale facienda in nullo penitus nostra exploretur nec quaeratur praesentia.

Sarebbe grave errore considerare questo brano come una clausola idonea a surrogare la tradizione corporale; chè invece tutti i particolari, di cui si fa menzione, ricordano con precisione il diritto in vigore avanti Giustiniano in ordine alla tradizione; la quale in conformità delle prescrizioni di Costantino deve aver luogo 'fide publica et testimonio', mentre poi la presa del possesso può compiersi unilateralmente dal compratore, in forza del consenso dell' alienante.[3]) Il quale principio è affermato ancora da Diocleziano in materia di

[1]) Cfr. C. Th. II, 29, 2: aliter enim ad novum dominium transire non possunt *cet.* — [2]) Cfr. Donatio Fl. Syntrophi l. 24: inde excessisse desisseque possidereque dixit. La coincidenza della formula è perfetta; ma per giunta il documento ravennate si richiama all' apposito diploma vacuale. Perciò a torto Kircher [ZSS. 32 p. 118] cita quel contratto ravennate per provare che la traditio fu sostituita dalla clausola scritta nel documento. — [3]) Cfr. D. 41, 2, 33 Pomponio; 34 pr. D. 41, 2; Cod. 8, 54, 6; Cod. 7, 32, 7.

donazioni; V. F. 282: nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est nanciscantur, validas esse.

II. Il secondo gruppo comprende i documenti redatti nella seconda metà del sec. VI. Ora le cose si mutano di punto in bianco. La menzione della corporalis traditio sparisce, e spariscono insieme senza alcuna traccia il diploma vacuale[1]) e la epistula traditionis[2]), la quale diretta al competente magistrato serviva ad invocarne l'assistenza alla corporalis introductio, e perchè fosse nei libri censuarî eseguita la variazione del nome del proprietario. La tradizione ora é surrogata negli atti dalla clausola di riserva d'usufrutto. E nello stesso momento storico appare l'uso della traditio cartae. Il passaggio dall' antico al nuovo sistema è immediato; il che può solo spiegarsi per l'influenza e l'autorità della nuova legislazione.

Ed anzitutto per la riserva di usufrutto è notevole il pap. 120 che riporta il contratto di vendita d'un fondo, dell' a. 572, e si esprime così: l. 55 — venditor usumfructum retinuit dierum triginta quod possit ss. emptori ut leges censent ..... (*pro*) sollemni traditione constare. Qui evidentemente è applicata la c. 28 Cod. VIII, 54, nella quale, come sapiamo, Giustiniano estese la norma: 'idem est usumfructum retinere quod tradere', anche alla vendita.[3]) E pertanto, se nello stesso documento, più avanti, si legge la clausola della cessione del possesso, questa non può avere alcun significato reale, ma sibbene vi figura in forza della tradizione notarile[4]), insieme a quella della stipulatio, ed in ogni caso per affermare la cessione del possesso da parte del venditore, che nella qualità di usufruttuario 'non possidet'.[5])

La formula è del tenore consueto; l. 35 in quam vacuam a se possessionem quinque unciarum fundi sscti Curtini, cum portionem aedificii et duarum sstarum unciarum casalis Bas-

---

[1]) Esempî del diploma vacuale si hanno nel pap. 114 del 539 o 546 e p. 118 del 540 circa; ma la formula si perpetua negli atti; cfr. Marini, o. c. p. 331. — [2]) Le epistulae traditionis nei pap. ravennati sono ricordate fino all' anno 551, e cioè per l'ultima volta nel p. 119, citato più sopra. — [3]) Cfr. avanti c. VI n. 56. — [4]) Cfr. c. 2 Cod. VII, 32 (Alessandro). Brunner o. c. p. 120. — [5]) V. F. 90.

siani, q. s. venditor eundem emptorem, actoresve eius in rem ire, mittere, ingredi, possidereque permisit, seseque ac suos omnes inde exisse et excessisse, discessisseque dixit *cet.*

La clausola di riserva d'usufrutto si ripete negli strumenti di vendita che seguono: n. 121 l. 30; n. 122 l. 64; n. 123 l. 39; i due primi della fine del sec. VI, l'ultimo del principio del sec. VII; nel p. 122 la riserva è per soli 5 giorni, nel p. 123 per 10 giorni.

Negli atti di donazione invece essa appare prima. E così è applicata nel p. 86 l. 30 (a. 553) nei termini seguenti: quarum rerum sstarum triginta dierum ususfructus est nobis pro traditionis sollemnitate retentio.

In modo identico nel p. 89 (a. 587): quinque mihi dierum retineo usumfructum, quae retentio ipsius ususfructus .... pro sollemni et legitima traditione constare sanxerunt. Così nel p. 93. In altri papiri — n. 88, 97, 107 — la riserva di usufrutto è fatta vita natural durante, è, quindi, effettiva.

Contemporaneamente è ricordata negli stessi documenti la traditio cartae. Questa formalità si incontra la prima volta nell' instrumento del 553 riportato nel p. 86, che contiene una donazione alla Chiesa di Ravenna. Nella chiusa la donatrice dichiara: quam largitatem .... vobis beatissimis archiepisc. Actoribusque vestris coram suscribentibus tradidi.

I testimoni inoltre aggiungono, in seguito alla firma, la dichiarazione: et me presente est tradita donatio.

Donatio, come emptio, significa il documento di donazione o di compra[1]); la quale mistione terminologica tra il negozio e l'istrumento che lo contiene si riscontra nelle fonti classiche[2]) e nei papiri greco-egizii.[3]) Quindi tradita donatio importa 'consegnata la carta di donazione'.

E da questo momento in poi la dichiarazione della traditio cartae diviene normale in tutti gl' istrumenti di alienazione, espressa con le frasi: traditione facta — chartulam

---

[1]) Brunner, o. c. p. 64, 91. — [2]) Emptio: D. 32, 92 (Paolo); D. 33, 7, 12, 45; Cod. VIII, 17, 2 (Settimio Severo). — [3]) Così *ὠνή, μίσθωσις* significano il negozio ed il documento di compra o locazione: Wilcken, Gött. Gel. Anz. 1894, II, 725; Gradenwitz, Einführ. p. 106. Rabel, ZSS. 28 p. 336.



contradidimus — tradimus — contradidi; e da parte dei testimonî — traditam vidi — traditam vidimus —, così nei papiri 90, 91, 92, 93 della fine del sec. VI o VII; 95 del VII sec.; 99 del sec. IX; 100, 102, 106 del sec. X; 109, 110, 111, 112 di epoca incerta. Si riscontra parimenti in una permuta del sec. X, n. 130: Huius autem rei due cartule pari tenore ...... singule sibimet partes contradiderunt. Ciò significa semplicemente che la forza dispositiva è tutta nel documento, ormai, come si desume nel modo più lampante dal p. 98 della metà del sec. IX, che riporta pure una donazione di fondi alla Chiesa di Ravenna, dove il donante così si esprime: l. 24: licentiam abetis per hec chartul. a me in vobis fāct introire et perocupare seu ingredere in s̄stis rebus sicut tamquam per legitimam et corporalem traditionem. Questa formula ritorna in altre collezioni.[1])

Dunque, nei documenti ravennati si manifestano, contemporaneamente, innovazioni di grande importanza sia rispetto alla confezione che alle formule dei medesimi; e precisamente nel pap. 86 che ha la data certa dell' a. 553. Cotali innovazioni corrispondono appunto a ordinamenti introdotti da Giustiniano. E pertanto è provato così che qualche anno avanti la pragmatica pro petitione Vigilii del 554, la Compilazione di Giustiniano fu applicata in Italia.[2]) Infatti nel p. 86 citato si manifesta la 'completio' secondo le prescrizioni di Giustiniano[3]); qui si ritrova la clausola di riserva di usufrutto 'pro traditionis sollemnitate'; e qui insieme la traditio del documento fatta 'coram subscribentibus'. —

La quale tradizione, secondo il Brunner[4]), sarebbe non solo un elemento perfezionativo del negozio, ma pure immediatamente produttivo di tutti gli effetti giuridici, in particolare della traslazione del possesso e della proprietà.[5]) Or

[1]) Cfr. Fantuzzi, Mon. ravennati vol. I n. 7 dell' a. 896; n. 111 dell' a. 1062; n. 112 venditio dell' a. 1067: Tabularium Sanctae Mariae Novae, ed. Fedele (Archivio della R. Società romana di st. patria vol. 23—26) n. 20 pag. 51. — [2]) Cfr. Tamassia Atti Ist. Veneto, 1898 p. 571 e Savigny, Geschichte II, XII § 68. — [3]) Cod. IV, 21, 17 dell' a. 528. Cfr. Brunner, o. c. p. 67. Ma vedi Brandileone Atti Acc. S. Tor. vol. 42 p. 351, Freundt, Wertpapiere I p. 61; Partsch, Z. f. Hand. R. vol. 70 p. 452. — [4]) O. c. p. 86. — [5]) E parimenti in questo mo-

a parte, per ora, la importanza di quell' atto, è certo che l'origine di esso è assai difficile a spiegare.

Ma ora alfine, alla luce delle profonde variazioni introdotte da Giustiniano, non può dirsi un' apparizione del tutto impreveduta.

Le più discordi opinioni finora enunciate sembrano, piuttosto, conciliarsi in questa ipotesi, che i riscontri e le date secondano, che cioè la traditio cartae siasi introdotta nella pratica come applicazione della norma contenuta nella c. 1 de donationibus, che conosciamo ormai d'origine giustinianea, per cui alla tradizione dei documenti è data efficacia costitutiva del negozio, e pure traslativa del possesso e della proprietà. E ciò non è fuor d'ogni verisimiglianza. Dacchè più tardi, dopo il rinnovamento degli studî romanistici, nella dottrina, rifatta sagace ed accorta, si levò la quistione, dibattuta poi a lungo, se i documenti idonei a fungere pro traditione rei dovessero necessariamente essere costituiti dai titoli di acquisto che si trovavano in potere dell' alienante, ovvero non si dovesse attribuire la stessa efficacia alla tradizione del documento *nuovo,* vale a dire a quello redatto per effettuare il negozio traslativo della proprietà. E la dottrina, come è facile intendere, richiamandosi al testo or ricordato del Codice, fu indotta a restringere quel principio alla sola tradizione dei titoli di acquisto, con evidente reazione allo uso della pratica, che aveva origini così remote.[1])

Ma di più. Già nel sec. VI occorre la tradizione compiuta insieme dei due istrumenti, l'antico ed il nuovo; così nel p. 120 dell' a. 572 che concerne una vendita si legge[2]): l. 25: eius instrumenti anteriores simul cum *hac cartula*[3]) conparatori de praesenti contradidit firmandi dominii causa.[4])

---

mento, e cioè in un testamento dell' a. 552 [Marini p. 74 col. 6 l. 12], per la prima volta si premette non solo il nome del console dell' anno, ma quello altresì dell' Imperatore Giustiniano e l' anno del di lui impero, conforme alla prescrizione della Nov. 47 c. 1 dell' a. 537. Cfr. Marini n. 50 a p. 253. Savigny, Geschichte II, XII § 68.

[1]) Cfr. Exner, Tradition p. 157, ed ivi citati. — [2]) Marini, o. c. p. 184. — [3]) Spangenberg, o. c. p. 275, riempie la lacuna con le parole *praesenti instrumento.* Io ho voluto anche evitare la ripetizione della parola '*praesenti*'. — [4]) Cfr. P. Lips. 4 l. 18: *πρὸς τὴν κυρίαν ἀπὸ τούτων ἀνσφάλειαν καὶ βεβαίωσει.*

Sono dunque i documenti trasferiti al compratore che consolidano il suo acquisto del dominio.

Il riscontro con le formule dei papiri greco-egizii è anche qui patente, e la motivazione ferma.

La soluzione del problema, nel suo complesso, si dovrebbe ritenere perciò raggiunta. E si manifesta esaminando, senza preconcetti, gl' instrumenti ravennati, cioè la collezione diplomatica più interessante, in cui due epoche si specchiano, quella avanti Giustiniano e la susseguente: onde in essa si coglie con vivezza il momento di transizione dal sistema romano a quello greco-bizantino.

Fino all' anno 551 d. C. i documenti son pieni della corporalis traditio, fatta 'pro translatione dominii; cui si connettono il diploma vacuale e la epistula traditionis. Dal 553 in poi la traditio corporalis scompare e viene sostituita dalla riserva d' usufrutto e dalla 'traditio cartae'.

Una più larga osservazione delle collezioni di documenti più recenti, al fine di rinsaldare questo risultato è fuori i limiti del presente lavoro. Ma nemmeno è necessaria; dacchè quella seconda fase del diritto trova la più ampia conferma nei documenti posteriori e perciò posso rimettermi alle osservazioni ed agli studî dei competenti.[1])

La conclusione pertanto è semplice quanto sicura; nel senso che gl' istrumenti relativi ad alienazioni immobiliari, riportati nelle carte ravennati della 2ª metà del sec. VI, hanno forza dispositiva reale come quelli greco-egizii con *καταγραφή*. Tale effetto è pienamente conforme al diritto giustinianeo, e nell' Occidente fu introdotto dalla legislazione di Giustiniano. Ma anche rispetto alla parte orientale dello Impero l'efficacia dispositiva del documento fu riconosciuta, in diritto, solo con Giustiniano.[2]) Soltanto in quel momento fu eliminata la necessità della corporalis traditio nelle donazioni, o fu in altri negozi surrogata efficacemente da clausole, finzioni e simboli senza alcuna realtà. E le formole notarili ravennati si adeguano perfettamente al diritto materiale

---

[1]) Cfr. Brunner o. c. p. 84 e seg. Ferrari, I documenti greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale 1910 p. 58, 96, 100 e passim. — [2]) Cfr. Nov. 162 citata a p. 174.



delle due epoche. Avanti l' a. 553 la clausola relativa alla vacua possessio è effettiva, e proviene con naturali amplificazioni dall' istrumento romano della mancipatio.[1]) Nei documenti posteriori a quella data la coincidenza tra i formulari usati nel Ravennate e quelli greco-egizii si rende più intima ed è a volte sorprendente.[2]) Tuttavia l'importanza di questo fatto non deve ormai esagerarsi. Il mutamento del diritto in questo periodo non fu un prodotto della pratica notarile, che dall' Oriente si sarebbe diffusa nell' Occidente, ma bensì opera legislativa. E, per altro, per quel che riguarda la clausola del rilascio della vacua possessio sappiamo con certezza che la stessa da l'istrumento della mancipatio si progagò nella parte orientale dell' impero[3]), al solito come una nuda formula, come è attestato dai responsi dei giuristi e dai rescritti imperiali.[4]) Perciò le formole notarili possono coincidere nell' Oriente e nell' Occidente anche nel periodo avanti Giustiniano, ma esse ebbero valore effettivo, per sè stesse, soltanto con Giustiniano.[5])

Appendice I.

[Cfr. c. II n. 22, 30.]

Le frasi 'iure, rite, recte, legitime, legitimo modo, sollemniter, sollemni actu' poste nella Compilazione in luogo delle forme e solennità degli atti.

Credo opportuno illustrare con altri esempî l'uso dei Compilatori di sostituire l'una o l'altra delle frasi indicate alle forme degli atti che erano espresse nei testi, come dimostrai a proposito delle c. 13 e 20 de donat. Il motivo

---

[1]) Il Collinet, Études historiques p. 223–269 insiste su questo punto, per provare la persistenza del formulario della mancipatio anche dopo la codificazione di Giustiniano. Ma io non ho bisogno di rilevare che le conclusioni che egli ne trae sono superate dai risultati che ho raggiunti in questo lavoro. — [2]) Cfr. Kircher, ZSS. 32 p. 100 seg. — [3]) Analoghi riscontri per la stipulatio duplae v. in De Ruggiero B. I. D. R. 14 p. 114 seg. — [4]) Cfr. V. F. 265, 314; Cod. IV, 38, 12; VII, 32, 2; IV, 21, 12. — [5]) I capitoli X, XI concernenti la traditio ficta nel diritto Comune e nelle legislazioni moderne saranno pubblicati a parte, anche a causa della loro estensione.

della sostituzione è chiaro. I compilatori, dovendo espungere dai testi le forme solenni del diritto romano, o anche semplicemente gli atti materiali come la traditio, che si esigevano per conseguire gli effetti giuridici cui le parti miravano, vi sostituirono una delle frasi sopra indicate, le quali appunto per la loro indeterminatezza servivano a richiamare l'attenzione dell' interprete sulle nuove forme e condizioni introdotte dal legislatore per la celebrazione ed efficacia dei negozî. Per ciò gli esempî occorrono in ogni ramo del diritto. Qui è utile incominciare da quelli concernenti la

1. *donatio*. C. 2 Cod. VIII, 55 [56] Imp. Probus A. Felici. Si apud provinciae praesidem aviam filiae tuae quasi poenitentia ductam subtracta instrumenta donationum igni exussisse constiterit, vereri te non oportet, ne, [*id*, *quod iure vires acceperat, ex post facto possit in dubium revocari*]. Sirmi [a. 277].

In primo luogo si osserva che il pronome *id* invece di 'donatio' è impressionante per la sua indeterminatezza, specie in un rescritto. E indeterminata e vaga è tutta la frase '*quod iure vires acceperat*', che dovette necessariamente esser posta in luogo della traditio e mancipatio richieste per la perfezione della donatio. L'Imperatore non poteva omettere di rilevare, nel caso concreto, cotesti elementi, dai quali dipendeva essenzialmente la ragione o il torto del richiedente. Ed infatti, la soppressione nel rescritto dei presupposti romani per effettuare una donazione rimise, al solito, in evidenza l'efficacia dell' istrumento per sè a render la donazione perfetta. Ora il rescritto si occupa soltanto degli istrumenti bruciati, e vi si dice che *ex post facto*, cioè per la distruzione di essi, la donazione *iure* fatta non può ritenersi revocata; dunque, essa fu all' inizio validamente compiuta in virtù della scrittura, che nel testo è l'unico correlativo al *post factum*. Se no, l'Imperatore avrebbe dovuto dire, come avrà detto, che la distruzione degli istrumenti non aveva importanza: cum donationis firmitas ipsis non indigeret.[1]) Ma ora si capisce che i Compilatori dovevano necessariamente rompere il ritmo del rescritto di Probo.

---

[1]) Per questa forma cfr. c. 6 eod. [Diocl.].

Altro testo segue a breve distanza nello stesso titolo:

C. 5 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC Epagatho. Si donationem [*rite*] fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

L'originale rescritto doveva dire: si donationem [tra ditione rerum per]fecisti cet. Perciò anche qui *rite* fu sostituito ai presupposti classici per la perfezione della donatio. Un indizio sopravvive nei Basilici, dove la versione stringatissima ha tracce della forma genuina dell' inizio del rescritto [1]): B. 47, 2, 5: *τὴν καλῶς καὶ τελείως γενομένην δωρεάν. . . .* Nei Basilici *τελεία* è appunto la versione normale della parola 'perfecta', il cui significato è ben noto ai Bizantini, cioè in rapporto alla donazione quando essa sia compiuta in regola con la trasmissione effettiva delle cose.[2]) Negli scolii più antichi appare qualche volta la parola latina: *περφέκτα.*[3]) E si sa che i Compilatori mutarono pure questa parola, che aveva un significato tecnico, in 'celebrata', cfr. V. F. 257 = D. 39, 5, 31, 3. Il verbo *celebrare* prende più tardi, regolarmente, nel diritto delle donazioni il posto di perficere, e si riferisce appunto alla solennità della scrittura: Th. VIII, 13, 6 [a. 426] = J. VIII, 55, 9.

Sempre in materia di donazione è ancora caratteristico il rescritto che segue:

16 Cod. IV, 19 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Philippo et Sebastianae. Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit [*facti*] probationis necessitas *cet.*

La prova del *fatto* è veramente banale in rapporto a quegli elementi che si esigono per la perfezione di un negozio giuridico. Il rescritto diceva press' a poco: ipsis incumbit [[perfectae donationis praediorum, quae vacuae possessionis inductione celebratur]] probationis necessitas.

C. 2 Cod. V, 15 Alexander A. Papinianae . . . si eandem donationem [*legitime confectam*] non revocavit *cet.* Doveva essere nel testo originale: 'donationem mancipationibus et traditionibus perfectam'.

[1]) Come constatai altra volta, in questa materia [Z. 33 p. 288] a proposito della c. 13 Cod. VIII, 53 = B. 47, 1, 16. — [2]) Isidoro B. 47, 2, 1 scolio 1 ad leg. 1 Cod. VIII, 55 [56]. — [3]) B. 47, 1, 30 scolio 8.

2. *Emptio*. C. 21 Cod. IV, 19. Idem [Dioclet. et Max.] AA et CC. Crispo. § 1. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, [*iure competenti*] praediorum, quae in quaestionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere.

La frase *iure competenti* vuol riferirsi alla materia della prova circa la appartenenza del dominio. Ma perciò Diocleziano doveva in questo punto far menzione della mancipatio e della traditio, avendo nel principio del testo rilevato che la scrittura non poteva nella lite giovare agli avversarî. In concreto si trattava dell' acquisto di fondi compiuto con denari di un terzo, il quale voleva rivendicarli per sè. Forse la frase genuina nel rescritto era: iure mancipationis.[1])

3. *Divisio*. C. 9 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio [*recte*] facta non habeatur irrita.

Mancano gli elementi di fatto, e del rescritto fu conservato solo un sunto della decisione. Al posto di *recte* doveva essere menzione della stipulatio ovvero della mancipatio e traditio rispetto alle cose corporali; infatti la divisione nel periodo classico doveva compiersi nelle forme idonee alla costituzione ed al trasferimento dei diritti. Cfr. c. 8 Cod. III, 38 [Diocl. et Max.] c. 15 Cod. III, 36 [Diocl. et Max.]; c. 23 eod.; fr. 46 D. II, 14; nel quale ultimo testo è vero che il periodo 'nisi traditione vel stipulatione sumat effectum' ha impronta giustinianea[2]), ma si tratta solo di un' interpolazione formale, forse nell' intento di restringere il passo.[3])

Nel nuovo diritto invece la divisione si compie con gl' istrumenti[4]), appunto come nel diritto greco-egizio.[5])

---

[1]) Un caso analogo v. in Cod. VII, 8, 7 [Gordiano] dove la frase: 'iuris rationibus' è necessariamente indeterminata, perchè si riferisce in complesso ai principii che regolano l'acquisto dei dominii ed a quelli concernenti la dote. — [2]) Perozzi, Studi offerti a Schupfer I p. 186 ed ivi citati. — [3]) Un esempio insigne di siffatte manipolazioni dei testi in D. 43, 16, 1, 7 in confronto a Paolo S. V, 6, 5. Cfr. Riccobono ZSS. 31 p. 346, 1. — [4]) Cfr. per ora D. II, 14, 35 Modestinus II resp. — hereditatem inter se diviserunt [*instrumentis*] interpositis. Dove era forse: stipulationibus. — [5]) P. Straßb. 29, dell' a. 289: divisione tra fratelli mediante chirografo. Altri esempi ivi p. 109.

Altro testo segue a breve distanza nello stesso titolo:

C. 5 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC Epagatho. Si donationem [*rite*] fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

L'originale rescritto doveva dire: si donationem [tra ditione rerum per]fecisti cet. Perciò anche qui *rite* fu sostituito ai presupposti classici per la perfezione della donatio. Un indizio sopravvive nei Basilici, dove la versione stringatissima ha tracce della forma genuina dell' inizio del rescritto [1]): B. 47, 2, 5: *τὴν καλῶς καὶ τελείως γενομένην δωρεάν*. . . . Nei Basilici *τελεία* è appunto la versione normale della parola 'perfecta', il cui significato è ben noto ai Bizantini, cioè in rapporto alla donazione quando essa sia compiuta in regola con la trasmissione effettiva delle cose.[2]) Negli scolii più antichi appare qualche volta la parola latina: *περφέκτα*.[3]) E si sa che i Compilatori mutarono pure questa parola, che aveva un significato tecnico, in 'celebrata', cfr. V. F. 257 = D. 39, 5, 31, 3. Il verbo *celebrare* prende più tardi, regolarmente, nel diritto delle donazioni il posto di perficere, e si riferisce appunto alla solennità della scrittura: Th. VIII, 13, 6 [a. 426] = J. VIII, 55, 9.

Sempre in materia di donazione è ancora caratteristico il rescritto che segue:

16 Cod. IV, 19 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Philippo et Sebastianae. Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit [*facti*] probationis necessitas *cet*.

La prova del *fatto* è veramente banale in rapporto a quegli elementi che si esigono per la perfezione di un negozio giuridico. Il rescritto diceva press' a poco: ipsis incumbit [[perfectae donationis praediorum, quae vacuae possessionis inductione celebratur]] probationis necessitas.

C. 2 Cod. V, 15 Alexander A. Papinianae . . . si eandem donationem [*legitime confectam*] non revocavit *cet*. Doveva essere nel testo originale: 'donationem mancipationibus et traditionibus perfectam'.

---

[1]) Come constatai altra volta, in questa materia [Z. 33 p. 288] a proposito della c. 13 Cod. VIII, 53 = B. 47, 1, 16. — [2]) Isidoro B. 47, 2, 1 scolio 1 ad leg. 1 Cod. VIII, 55 [56]. — [3]) B. 47, 1, 30 scolio 8.



2. *Emptio.* C. 21 Cod. IV, 19. Idem [Dioclet. et Max.] AA et CC. Crispo. § 1. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, [*iure competenti*] praediorum, quae in quaestionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere.

La frase *iure competenti* vuol riferirsi alla materia della prova circa la appartenenza del dominio. Ma perciò Diocleziano doveva in questo punto far menzione della mancipatio e della traditio, avendo nel principio del testo rilevato che la scrittura non poteva nella lite giovare agli avversarî. In concreto si trattava dell' acquisto di fondi compiuto con denari di un terzo, il quale voleva rivendicarli per sè. Forse la frase genuina nel rescritto era: iure mancipationis.[1])

3. *Divisio.* C. 9 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio [*recte*] facta non habeatur irrita.

Mancano gli elementi di fatto, e del rescritto fu conservato solo un sunto della decisione. Al posto di *recte* doveva essere menzione della stipulatio ovvero della mancipatio e traditio rispetto alle cose corporali; infatti la divisione nel periodo classico doveva compiersi nelle forme idonee alla costituzione ed al trasferimento dei diritti. Cfr. c. 8 Cod. III, 38 [Diocl. et Max.] c. 15 Cod. III, 36 [Diocl. et Max.]; c. 23 eod.; fr. 46 D. II, 14; nel quale ultimo testo è vero che il periodo 'nisi traditione vel stipulatione sumat effectum' ha impronta giustinianea[2]), ma si tratta solo di un' interpolazione formale, forse nell' intento di restringere il passo.[3])

Nel nuovo diritto invece la divisione si compie con gl' istrumenti[4]), appunto come nel diritto greco-egizio.[5])

---

[1]) Un caso analogo v. in Cod. VII, 8, 7 [Gordiano] dove la frase: 'iuris rationibus' è necessariamente indeterminata, perchè si riferisce in complesso ai principii che regolano l'acquisto dei dominii ed a quelli concernenti la dote. — [2]) Perozzi, Studi offerti a Schupfer I p. 186 ed ivi citati. — [3]) Un esempio insigne di siffatte manipolazioni dei testi in D. 43, 16, 1, 7 in confronto a Paolo S. V, 6, 5. Cfr. Riccobono ZSS. 31 p. 346, 1. — [4]) Cfr. per ora D. II, 14, 35 Modestinus II resp. — hereditatem inter se diviserunt [*instrumentis*] interpositis. Dove era forse: stipulationibus. — [5]) P. Straßb. 29, dell' a. 289: divisione tra fratelli mediante chirografo. Altri esempi ivi p. 109.

Altro testo segue a breve distanza nello stesso titolo:

C. 5 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC Epagatho. Si donationem [*ritc*] fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

L'originale rescritto doveva dire: si donationem [tra ditione rerum per]fecisti cet. Perciò anche qui *rite* fu sostituito ai presupposti classici per la perfezione della donatio. Un indizio sopravvive nei Basilici, dove la versione stringatissima ha tracce della forma genuina dell' inizio del rescritto[1]: B. 47, 2, 5: *τὴν καλῶς καὶ τελείως γενομένην δωρεάν*. . . . Nei Basilici *τελεία* è appunto la versione normale della parola 'perfecta', il cui significato è ben noto ai Bizantini, cioè in rapporto alla donazione quando essa sia compiuta in regola con la trasmissione effettiva delle cose.[2]) Negli scolii più antichi appare qualche volta la parola latina: *περφέκτα*.[3]) E si sa che i Compilatori mutarono pure questa parola, che aveva un significato tecnico, in 'celebrata', cfr. V. F. 257 = D. 39, 5, 31, 3. Il verbo *celebrare* prende più tardi, regolarmente, nel diritto delle donazioni il posto di perficere, e si riferisce appunto alla solennità della scrittura: Th. VIII, 13, 6 [a. 426] = J. VIII, 55, 9.

Sempre in materia di donazione è ancora caratteristico il rescritto che segue:

16 Cod. IV, 19 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Philippo et Sebastianae. Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit [*facti*] probationis necessitas *cet.*

La prova del *fatto* è veramente banale in rapporto a quegli elementi che si esigono per la perfezione di un negozio giuridico. Il rescritto diceva press' a poco: ipsis incumbit [[perfectae donationis praediorum, quae vacuae possessionis inductione celebratur]] probationis necessitas.

C. 2 Cod. V, 15 Alexander A. Papinianae . . . si eandem donationem [*legitime confectam*] non revocavit *cet.* Doveva essere nel testo originale: 'donationem mancipationibus et traditionibus perfectam'.

---

[1]) Come constatai altra volta, in questa materia [Z. 33 p. 288] a proposito della c. 13 Cod. VIII, 53 = B. 47, 1, 16. — [2]) Isidoro B. 47, 2. 1 scolio 1 ad leg. 1 Cod. VIII, 55 [56]. — [3]) B. 47, 1, 30 scolio 8.

2. *Emptio.* C. 21 Cod. IV, 19. Idem [Dioclet. et Max.] AA et CC. Crispo. § 1. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, [*iure competenti*] praediorum, quae in quaestionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere.

La frase *iure competenti* vuol riferirsi alla materia della prova circa la appartenenza del dominio. Ma perciò Diocleziano doveva in questo punto far menzione della mancipatio e della traditio, avendo nel principio del testo rilevato che la scrittura non poteva nella lite giovare agli avversarî. In concreto si trattava dell' acquisto di fondi compiuto con denari di un terzo, il quale voleva rivendicarli per sè. Forse la frase genuina nel rescritto era: iure mancipationis.[1])

3. *Divisio.* C. 9 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio [*recte*] facta non habeatur irrita.

Mancano gli elementi di fatto, e del rescritto fu conservato solo un sunto della decisione. Al posto di *recte* doveva essere menzione della stipulatio ovvero della mancipatio e traditio rispetto alle cose corporali; infatti la divisione nel periodo classico doveva compiersi nelle forme idonee alla costituzione ed al trasferimento dei diritti. Cfr. c. 8 Cod. III, 38 [Diocl. et Max.] c. 15 Cod. III, 36 [Diocl. et Max.]; c. 23 eod.; fr. 46 D. II, 14; nel quale ultimo testo è vero che il periodo 'nisi traditione vel stipulatione sumat effectum' ha impronta giustinianea[2]), ma si tratta solo di un' interpolazione formale, forse nell' intento di restringere il passo.[3])

Nel nuovo diritto invece la divisione si compie con gl' istrumenti[4]), appunto come nel diritto greco-egizio.[5])

---

[1]) Un caso analogo v. in Cod. VII, 8, 7 [Gordiano] dove la frase: 'iuris rationibus' è necessariamente indeterminata, perchè si riferisce in complesso ai principii che regolano l'acquisto dei dominii ed a quelli concernenti la dote. — [2]) Perozzi, Studi offerti a Schupfer I p. 186 ed ivi citati. — [3]) Un esempio insigne di siffatte manipolazioni dei testi in D. 43, 16, 1, 7 in confronto a Paolo S. V, 6, 5. Cfr. Riccobono ZSS. 31 p. 346, 1. — [4]) Cfr. per ora D. II, 14, 35 Modestinus II resp. — hereditatem inter se diviserunt [*instrumentis*] interpositis. Dove era forse: stipulationibus. — [5]) P. Straßb. 29, dell' a. 289: divisione tra fratelli mediante chirografo. Altri esempi ivi p. 109.

Altro testo segue a breve distanza nello stesso titolo:

C. 5 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC Epagatho. Si donationem [*rite*] fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

L'originale rescritto doveva dire: si donationem [tra ditione rerum per]fecisti cet. Perciò anche qui *rite* fu sostituito ai presupposti classici per la perfezione della donatio. Un indizio sopravvive nei Basilici, dove la versione stringatissima ha tracce della forma genuina dell' inizio del rescritto [1]): B. 47, 2, 5: *τὴν καλῶς καὶ τελείως γενομένην δωρεάν*. . . . Nei Basilici *τελεία* è appunto la versione normale della parola 'perfecta', il cui significato è ben noto ai Bizantini, cioè in rapporto alla donazione quando essa sia compiuta in regola con la trasmissione effettiva delle cose.[2]) Negli scolii più antichi appare qualche volta la parola latina: *περφέκτα*.[3]) E si sa che i Compilatori mutarono pure questa parola, che aveva un significato tecnico, in 'celebrata', cfr. V. F. 257 = D. 39, 5, 31, 3. Il verbo *celebrare* prende più tardi, regolarmente, nel diritto delle donazioni il posto di perficere, e si riferisce appunto alla solennità della scrittura: Th. VIII, 13, 6 [a. 426] = J. VIII, 55, 9.

Sempre in materia di donazione è ancora caratteristico il rescritto che segue:

16 Cod. IV, 19 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Philippo et Sebastianae. Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit [*facti*] probationis necessitas *cet.*

La prova del *fatto* è veramente banale in rapporto a quegli elementi che si esigono per la perfezione di un negozio giuridico. Il rescritto diceva press' a poco: ipsis incumbit [[perfectae donationis praediorum, quae vacuae possessionis inductione celebratur]] probationis necessitas.

C. 2 Cod. V, 15 Alexander A. Papinianae . . . si eandem donationem [*legitime confectam*] non revocavit *cet.* Doveva essere nel testo originale: 'donationem mancipationibus et traditionibus perfectam'.

---

[1]) Come constatai altra volta, in questa materia [Z. 33 p. 288] a proposito della c. 13 Cod. VIII, 53 = B. 47, 1, 16. — [2]) Isidoro B. 47, 2, 1 scolio 1 ad leg. 1 Cod. VIII, 55 [56]. — [3]) B. 47, 1, 30 scolio 8.

2. *Emptio.* C. 21 Cod. IV, 19. Idem [Dioclet. et Max.] AA et CC. Crispo. § 1. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, [*iure competenti*] praediorum, quae in quaestionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere.

La frase *iure competenti* vuol riferirsi alla materia della prova circa la appartenenza del dominio. Ma perciò Diocleziano doveva in questo punto far menzione della mancipatio e della traditio, avendo nel principio del testo rilevato che la scrittura non poteva nella lite giovare agli avversarî. In concreto si trattava dell' acquisto di fondi compiuto con denari di un terzo, il quale voleva rivendicarli per sè. Forse la frase genuina nel rescritto era: iure mancipationis.[1])

3. *Divisio.* C. 9 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio [*recte*] facta non habeatur irrita.

Mancano gli elementi di fatto, e del rescritto fu conservato solo un sunto della decisione. Al posto di *recte* doveva essere menzione della stipulatio ovvero della mancipatio e traditio rispetto alle cose corporali; infatti la divisione nel periodo classico doveva compiersi nelle forme idonee alla costituzione ed al trasferimento dei diritti. Cfr. c. 8 Cod. III, 38 [Diocl. et Max.] c. 15 Cod. III, 36 [Diocl. et Max.]; c. 23 eod.; fr. 46 D. II, 14; nel quale ultimo testo è vero che il periodo 'nisi traditione vel stipulatione sumat effectum' ha impronta giustinianea[2]), ma si tratta solo di un' interpolazione formale, forse nell' intento di restringere il passo.[3])

Nel nuovo diritto invece la divisione si compie con gl' istrumenti[4]), appunto come nel diritto greco-egizio.[5])

---

[1]) Un caso analogo v. in Cod. VII, 8, 7 [Gordiano] dove la frase: 'iuris rationibus' è necessariamente indeterminata, perchè si riferisce in complesso ai principii che regolano l'acquisto dei dominii ed a quelli concernenti la dote. — [2]) Perozzi, Studi offerti a Schupfer I p. 186 ed ivi citati. — [3]) Un esempio insigne di siffatte manipolazioni dei testi in D. 43, 16, 1, 7 in confronto a Paolo S. V, 6, 5. Cfr. Riccobono ZSS. 31 p. 346, 1. — [4]) Cfr. per ora D. II, 14, 35 Modestinus II resp. — hereditatem inter se diviserunt [*instrumentis*] interpositis. Dove era forse: stipulationibus. — [5]) P. Straßb. 29, dell' a. 289: divisione tra fratelli mediante chirografo. Altri esempi ivi p. 109.

Altro testo segue a breve distanza nello stesso titolo:

C. 5 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC Epagatho. Si donationem [*rite*] fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.

L'originale rescritto doveva dire: si donationem [tra ditione rerum per]fecisti cet. Perciò anche qui *rite* fu sostituito ai presupposti classici per la perfezione della donatio. Un indizio sopravvive nei Basilici, dove la versione stringatissima ha tracce della forma genuina dell' inizio del rescritto [1]: B. 47, 2, 5: *τὴν καλῶς καὶ τελείως γενομένην δωρεάν*. . . . Nei Basilici *τελεία* è appunto la versione normale della parola 'perfecta', il cui significato è ben noto ai Bizantini, cioè in rapporto alla donazione quando essa sia compiuta in regola con la trasmissione effettiva delle cose.[2] Negli scolii più antichi appare qualche volta la parola latina: *περφέκτα*.[3] E si sa che i Compilatori mutarono pure questa parola, che aveva un significato tecnico, in 'celebrata', cfr. V. F. 257 = D. 39, 5, 31, 3. Il verbo *celebrare* prende più tardi, regolarmente, nel diritto delle donazioni il posto di perficere, e si riferisce appunto alla solennità della scrittura: Th. VIII, 13, 6 [a. 426] = J. VIII, 55, 9.

Sempre in materia di donazione è ancora caratteristico il rescritto che segue:

16 Cod. IV, 19 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Philippo et Sebastianae. Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit [*facti*] probationis necessitas *cet.*

La prova del *fatto* è veramente banale in rapporto a quegli elementi che si esigono per la perfezione di un negozio giuridico. Il rescritto diceva press' a poco: ipsis incumbit [[perfectae donationis praediorum, quae vacuae possessionis inductione celebratur]] probationis necessitas.

C. 2 Cod. V, 15 Alexander A. Papinianae . . . si eandem donationem [*legitime confectam*] non revocavit *cet.* Doveva essere nel testo originale: 'donationem mancipationibus et traditionibus perfectam'.

---

[1]) Come constatai altra volta, in questa materia [Z. 33 p. 288] a proposito della c. 13 Cod. VIII, 53 = B. 47, 1, 16. — [2]) Isidoro B. 47, 2, 1 scolio 1 ad leg. 1 Cod. VIII, 55 [56]. — [3]) B. 47, 1, 30 scolio 8.

2. *Emptio.* C. 21 Cod. IV, 19. Idem [Dioclet. et Max.] AA et CC. Crispo. § 1. Cum itaque nec cetera probationum indicia reprobentur, [*iure competenti*] praediorum, quae in quaestionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere.

La frase *iure competenti* vuol riferirsi alla materia della prova circa la appartenenza del dominio. Ma perciò Diocleziano doveva in questo punto far menzione della mancipatio e della traditio, avendo nel principio del testo rilevato che la scrittura non poteva nella lite giovare agli avversarî. In concreto si trattava dell' acquisto di fondi compiuto con denari di un terzo, il quale voleva rivendicarli per sè. Forse la frase genuina nel rescritto era: iure mancipationis.[1])

3. *Divisio.* C. 9 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio [*recte*] facta non habeatur irrita.

Mancano gli elementi di fatto, e del rescritto fu conservato solo un sunto della decisione. Al posto di *recte* doveva essere menzione della stipulatio ovvero della mancipatio e traditio rispetto alle cose corporali; infatti la divisione nel periodo classico doveva compiersi nelle forme idonee alla costituzione ed al trasferimento dei diritti. Cfr. c. 8 Cod. III, 38 [Diocl. et Max.] c. 15 Cod. III, 36 [Diocl. et Max.]; c. 23 eod.; fr. 46 D. II, 14; nel quale ultimo testo è vero che il periodo 'nisi traditione vel stipulatione sumat effectum' ha impronta giustinianea[2]), ma si tratta solo di un' interpolazione formale, forse nell' intento di restringere il passo.[3])

Nel nuovo diritto invece la divisione si compie con gl' istrumenti[4]), appunto come nel diritto greco-egizio.[5])

---

[1]) Un caso analogo v. in Cod. VII, 8, 7 [Gordiano] dove la frase: 'iuris rationibus' è necessariamente indeterminata, perchè si riferisce in complesso ai principii che regolano l'acquisto dei dominii ed a quelli concernenti la dote. — [2]) Perozzi, Studi offerti a Schupfer I p. 186 ed ivi citati. — [3]) Un esempio insigne di siffatte manipolazioni dei testi in D. 43, 16, 1, 7 in confronto a Paolo S. V, 6, 5. Cfr. Riccobono ZSS. 31 p. 346, 1. — [4]) Cfr. per ora D. II, 14, 35 Modestinus II resp. — hereditatem inter se diviserunt [*instrumentis*] interpositis. Dove era forse: stipulationibus. — [5]) P. Straßb. 29, dell' a. 289: divisione tra fratelli mediante chirografo. Altri esempi ivi p. 109.

4. *Emancipatio.* fr. 25 pr. D. 1, 7 Ulp. V Opin. Post mortem filiae suae, quae ut materfamilias [*quasi iure*] emancipata vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit [*adversus factum suum quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset,*] pater movere controversiam prohibetur	Ulp. Post mortem filiae suae, quae ut materfamilias [non] emancipata vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, pater movere controversiam [non] prohibetur

Notevole il testo giustinianeo perchè ammette una emancipazione tacita[1]), di cui non può essere traccia nel diritto romano. Diocleziano esige sempre l'atto solenne per l'emancipazione, negando precisamente qualsiasi valore al nudo consenso. E per altro la stessa costituzione di Diocleziano, cui mi riferisco, fu alterata dai Compilatori. Essa suona così:

C. 3 Cod. VIII, 48. Idem AA et CC. Heliodoro. Non nudo consensu patria liberi potestate, sed [*actu sollemni*] vel casu liberantur, nec causae, quibus motus pater emancipavit filium sed [*actus sollemnitas*] quaeritur [a. 293].

Al posto della *actus sollemnitas* doveva essere nel rescritto la parola mancipationibus, la cui osservanza anche nelle provincie è attestata ora da un papiro di Ossirinco, di data posteriore alla c. Antonina.[2])

Nel Codice naturalmente la forma romana doveva scomparire, perchè Giustiniano confermò la em. per rescriptum introdotta da Anastasio [c. 5 eod.], e sostituì in generale alla solennità romana la dichiarazione del padre innanzi il tribunale competente [c. 6 eod. a. 531].

Perciò la c. 2 pure di Diocleziano, che doveva essere molto complessa, fu ridotta in un sunto meschino, così concepito:

---

[1]) Il testo per altro è fondamentale per la regola 'che nessuno può mettersi in contraddizione col fatto proprio'. Cfr. Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912 [Koschaker in ZSS. 33 p. 548], ma anche questa regola si manifesta soltanto nel diritto giustinianeo. — [2]) Lips. Inv. 1, pubblicato dal Mitteis: Feier des And. des Dr. B. Lauhn.

C. 2 Cod. VIII, 48. In emancipationibus liberorum [*nec non donationibus*] non tam scriptura quam [*veritas considerari solet.*]

Che la scrittura non aveva importanza per Diocleziano è sicuro. Ma la *veritas* che appare ora nel testo doveva essere determinata, tanto più per la emancipazione e per la donazione, che richiedono forme ed atti congrui. Forse il rescritto originale dichiarava nulla l'emancipazione fatta per scrittura ed insieme la donazione simultanea.[1])

Nel fr. 5 § 1 D. XXII, 3 si dice che colui che nega: emancipationem *recte* factam deve egli fornire la prova. Il *recte* è certo interpolato; ma la stessa massima è fortemente sospetta.[2])

5. *Adoptio.* C. 4 Cod. VIII, 47. [Diocl. et Max.] Proculiano. Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, [*sed sollemni iuris ordine apud praesidem solet copulari.*] [a. 290].

Anche qui riscontriamo un identico rimaneggiamento del rescritto, operato con le stesse frasi. La forma romana dell' adozione vi fu soppressa, come già in D. XLV, 1, 132 pr. fu sostituita regolarmente per ben tre volte dallo avverbio 'legitime', e così in D. XXXVIII, 17, 2, 9. Nel fr. 38 D. 1, 7 la frase: non *iure* facta potè sostituire le mancipationes.[3])

6. *Manumissio.* C. 25 Cod. VII, 16. Idem [Diocl. et Max.] AA et CC. Licentiano. Sicut praetermissa instrumenta manumissionis [*recte factae*] nullum adferunt praestitae libertati vitium, ita si servum ad libertatem produxisti, instrumentorum amissio nihil ei nocere potest.

Doveva nel luogo della frase *recte factae* o nel seguito essere significata la forma 'vindicta'.

7. Stipulatio. C. 3 Cod. V, 11 . . . ea daturum se [*rite*] promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet.

---

[1]) Cfr. per l'uso di accoppiare i due atti: leges saeculares L. 3 e Mitteis, Reichsr. p. 216; inoltre V. F. 268. — [2]) Per la c. 11 Cod. IV, 21 v. più oltre. — [3]) Adozione per scrittura nelle provincie cfr. P. Lips. 28 dell' a. 381 e Mitteis, Archiv f. Pap. III p. 176; Oxy. 1206 dell' a. 335, cfr. Lewald, ZSS. 33 p. 633.

Nel rescritto era 'verbis'[1]), ovvero il solo verbo promisit, senz' altro.

8. *Novatio.* 18 D. 46, 2 Paulus l. 57 ad ed. *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.*

Tutto il brano è di fattura giustinianea, nel senso che l'ampio testo di Paolo fu concentrato nella forma di una sentenza precipitosa; osserva: *hypothecae et pignus!*

Tutti questi esempi io penso sono sufficienti per avvolorare molte affermazioni fatte nell' articolo che precede; dacchè essi si coordinano spontaneamente al principio ormai indiscutibile che tutte le forme solenni dei Romani, compresa la stipulatio, furono nella legislazione del sec. VI surrogate ordinariamente dalla scrittura, conforme alle consuetudini delle provincie orientali. Le interpolazioni nei testi classici erano perciò necessarie per questo rispetto, nei luoghi dove le forme straniere ai Compilatori apparivano ben determinate. S'intende per altro che non tutte quelle frasi ed altre simili che s'incontrano nel Corpus iuris debbono dichiararsi interpolate, perchè i classici le adoperarono spesso dove il dubbio della forma non si presentava. Le alterazioni, quindi, debbono essere dimostrate nei singoli casi, e non giovano gli elenchi che altri usa apparecchiare, e riescono a creare piuttosto preconcetti pericolosi. Così la frase 'legitime possidenti' si trova nei V. F. 279, per significare la iusta possessio, e 'recte possidet' è frase classica per la possessio civilis, [Cod. IV, 38, 12] e 'iuste possidet' si dice di colui che ottiene il possesso praetore auctore [D. 41, 2, 11]; ma nondimeno '*recte* possidenti' nella c. 1 Cod. VIII, 4 è qualificazione aggiunta dai Compilatori, che soppressero nel testo la clausola edittale 'nec vi nec clam nec precario ab altero', e mutarono profondamente il rescritto, ingiungendo al possessore di esercitare la privata difesa: *inculpatae tutelae moderatione.* Ma su questo punto ritornerò altra volta.

---

[1]) Tutto il problema della forma della stipulatio merita una revisione, che ho promessa per il possimo anno. Cfr. per ora il geniale libro di Gneist, Formelle Verträge, 1845.



Appendice II.

[Cfr. c. II n. 16, 29; c. V n. 54.]

Quibuscumque probationibus — Instrumentis vel testibus.

Si può dire che tuttora non possediamo noi una cognizione esatta del sistema delle prove nel diritto giustinianeo, perchè nel Corpus iuris emerge facilmente l'ordinamento proprio dei Romani. Ma è ovvio riflettere, ora, che le riforme del legislatore bisantino concernenti il d. materiale, sia rispetto al trasferimento del dominio ed alla costituzione dei diritti reali sia in ordine ai vincoli obbligatorii, dimostrate in parte in questo lavoro, dovevano tutte necessariamente convergere pure sul sistema delle prove in giudizio, che è sempre dipendente dalle forme prescritte per la validità degli atti. Onde accertato che la scrittura acquistò nel nuovo diritto una funzione dispositiva, per sè stessa, si deve pure necessariamente ritenere che 'l valore dei singoli mezzi di prova, quale era nell' ordinamento dei Romani, dovette subire uno spostamento essenziale; nel senso che la scrittura, considerata sicuramente in second' ordine di fronte ai testes, fu assunta ora al primo posto, a volte con esclusione di altri mezzi, in conformità delle consuetudini vigenti nelle provincie ellenizzate. La legislazione di Giustiniano introdusse così nell' Occidente quel sistema che si attribuisce di solito allo sviluppo del diritto nel Medio evo, senza precedenti legislativi. È naturale che in questo luogo io debbo limitarmi a tracciare solo la linea centrale di tale movimento legislativo.

I. Nel periodo classico è noto che il giudice ha grande libertà di apprezzamento; egli attinge gli argomenti ed il suo convincimento da qualsiasi ordine di prove che le parti sono in grado di fornire. L'attore corrobora la sua domanda come meglio crede e può. Il convenuto prova comunque le sue eccezioni. Documenti e testimonii sono, per principio, egualmente idonei allo scopo. Ma quando si rifletta che la lite può riguardare il trasferimento o meno della proprietà, la costituzione di vincoli obbligatorii secondo lo ius civile, per cui si esigono forme solenni ed insieme, a volte, atti

Nel rescritto era 'verbis'[1]), ovvero il solo verbo promisit, senz' altro.

8. *Novatio.* 18 D. 46, 2 Paulus l. 57 ad ed. *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.*

Tutto il brano è di fattura giustinianea, nel senso che l'ampio testo di Paolo fu concentrato nella forma di una sentenza precipitosa; osserva: *hypothecae et pignus!*

Tutti questi esempi io penso sono sufficienti per avvolorare molte affermazioni fatte nell' articolo che precede; dacchè essi si coordinano spontaneamente al principio ormai indiscutibile che tutte le forme solenni dei Romani, compresa la stipulatio, furono nella legislazione del sec. VI surrogate ordinariamente dalla scrittura, conforme alle consuetudini delle provincie orientali. Le interpolazioni nei testi classici erano perciò necessarie per questo rispetto, nei luoghi dove le forme straniere ai Compilatori apparivano ben determinate. S'intende per altro che non tutte quelle frasi ed altre simili che s'incontrano nel Corpus iuris debbono dichiararsi interpolate, perchè i classici le adoperarono spesso dove il dubbio della forma non si presentava. Le alterazioni, quindi, debbono essere dimostrate nei singoli casi, e non giovano gli elenchi che altri usa apparecchiare, e riescono a creare piuttosto preconcetti pericolosi. Così la frase 'legitime possidenti' si trova nei V. F. 279, per significare la iusta possessio, e 'recte possidet' è frase classica per la possessio civilis, [Cod. IV, 38, 12] e 'iuste possidet' si dice di colui che ottiene il possesso praetore auctore [D. 41, 2, 11]; ma nondimeno '*recte* possidenti' nella c. 1 Cod. VIII, 4 è qualificazione aggiunta dai Compilatori, che soppressero nel testo la clausola edittale 'nec vi nec clam nec precario ab altero', e mutarono profondamente il rescritto, ingiungendo al possessore di esercitare la privata difesa: *inculpatae tutelae moderatione.* Ma su questo punto ritornerò altra volta.

---

[1]) Tutto il problema della forma della stipulatio merita una revisione, che ho promessa per il possimo anno. Cfr. per ora il geniale libro di Gneist, Formelle Verträge, 1845.



Appendice II.

[Cfr. c. II n. 16, 29; c. V n. 54.]

Quibuscumque probationibus — Instrumentis vel testibus.

Si può dire che tuttora non possediamo noi una cognizione esatta del sistema delle prove nel diritto giustinianeo, perchè nel Corpus iuris emerge facilmente l'ordinamento proprio dei Romani. Ma è ovvio riflettere, ora, che le riforme del legislatore bisantino concernenti il d. materiale, sia rispetto al trasferimento del dominio ed alla costituzione dei diritti reali sia in ordine ai vincoli obbligatorii, dimostrate in parte in questo lavoro, dovevano tutte necessariamente convergere pure sul sistema delle prove in giudizio, che è sempre dipendente dalle forme prescritte per la validità degli atti. Onde accertato che la scrittura acquistò nel nuovo diritto una funzione dispositiva, per sè stessa, si deve pure necessariamente ritenere che il valore dei singoli mezzi di prova, quale era nell' ordinamento dei Romani, dovette subire uno spostamento essenziale; nel senso che la scrittura, considerata sicuramente in second' ordine di fronte ai testes, fu assunta ora al primo posto, a volte con esclusione di altri mezzi, in conformità delle consuetudini vigenti nelle provincie ellenizzate. La legislazione di Giustiniano introdusse così nell' Occidente quel sistema che si attribuisce di solito allo sviluppo del diritto nel Medio evo, senza precedenti legislativi. È naturale che in questo luogo io debbo limitarmi a tracciare solo la linea centrale di tale movimento legislativo.

I. Nel periodo classico è noto che il giudice ha grande libertà di apprezzamento; egli attinge gli argomenti ed il suo convincimento da qualsiasi ordine di prove che le parti sono in grado di fornire. L'attore corrobora la sua domanda come meglio crede e può. Il convenuto prova comunque le sue eccezioni. Documenti e testimonii sono, per principio, egualmente idonei allo scopo. Ma quando si rifletta che la lite può riguardare il trasferimento o meno della proprietà, la costituzione di vincoli obbligatorii secondo lo ius civile, per cui si esigono forme solenni ed insieme, a volte, atti

materiali, è facile comprendere che la dimostrazione delle solennità compiute regolarmente non può esser data in modo deffinitivo dalla scrittura, ma deve essere fornita con testimonii[1]); e parimenti la prova della traditio, quale atto materiale d' impossessamento, non può apprestarla la scrittura, ma bensì il fatto stesso della detenzione[2]), o avvenimenti posteriori che la detenzione presuppongono ed accertano. E perciò si deve conchiudere che la scrittura nel mondo giuridico romano non ebbe nemmeno come mezzo di prova un' importanza privilegiata, giacchè anzi veniva in secondo ordine; potendosi il contenuto di essa infirmare adducendo altri indizii, fatti e testimonii.

Tutto ciò toglie niente all' uso che via via diviene più generale di redigere documenti per memoria degli atti giuridici compiuti, solenni o non solenni, perchè le tabulae chirographa cautiones erano già un mezzo di prova pronto e duraturo, e nel fatto servivano efficacemente allo scopo.[3]) Ma quel che si vuol dire è che il documento romano essendo di carattere privato, non munito di fede pubblica, non potè mai avere in diritto una considerazione particolare. Riempito di lettere nude, che non hanno per sè vita e vigore, esso si annienta nel contrasto con altri elementi.

Or questo sistema, quale l'ho tracciato, se non è quello seguito da Giustiniano, apparisce tuttavia in grande rilievo nei Digesti e nei rescritti imperiali del Codice; giacchè la tradizione giuridica romana era così solidificata nei passi antichi ed impressa in locuzioni stereotipe che Giustiniano potè solo qua e là smussarla ma non romperla; onde essa emerge dapertutto come una verità elementare ed assoluta.

Le locuzioni infatti, cui mi riferisco, esprimono con insistenza i seguenti concetti:

---

[1]) Cicero pro Roscio Comoed. V, 14: stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. — [2]) Paolo S. V XI, 2. — [3]) Gai. III, 131: testimonium praebere; Iulian. D. 32 fr. 59: quarum probatio tabulis continetur; Cod. II, 4, 5 [Alexand.]; scriptura, quae probationem rei gestae solet continere, necessaria non est. Cod. IV, 19, 12 [Diocl.]. Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur *cet.*; D. XX, 1, 4 Gai — fiunt enim de his scripturae ut quod actum est per eas facilius probari possit.

a) che tutti i mezzi di prova sono egualmente ammessi in giudizio; ribattendosi particolarmente con ciò la credenza della necessità della prova scritta.
b) che la parte prova il suo asserto come sa e può.
c) che la omissione del documento scritto nel compiere qualsiasi atto giuridico, e di conseguenza la perdita o la distruzione degli istrumenti non pregiudica la validità degli atti medesimi ed il loro riconoscimento in giudizio.

Come si vede, si tratta d' un principio unico, d' ordine generale, che ritorna ribadito in varie forme; onde giova alla dimostrazione riunire, nello stesso ordine, le attestazioni più cospicue delle fonti, che sono numerose sul riguardo, specialmente nel Codice.

a) Le prove possono essere fornite
quibuscumque rationibus 1 Cod. IV, 21 (a. 213) = Gregor. IV, 2, 1;
quibuscumque probationibus Cod. IV, 19, 4 (a. 222); X, 3, 3 (a. 239);
aliis rationibus Cod. III, 36, 5 (Alex.)
aliis probationibus Cod. III, 37, 4 pr. (a. 297); IV, 21, 7 (a. 286); II, 3, 17 (a. 286); III, 32, 10 (a. 290);
aliis argumentis — indiciis Cod. IV, 21, 5 (a. 240); III, 32, 19 (a. 293); IV, 20, 2 (a. 223); IV, 19, 21, 1 (a. 294).

b) Perciò la parte vedrà come può provare la domanda o l'eccezione: si potest (Cod. IV, 32, 7 a. 215); si probare potes (C. III, 32, 2 a. 213); ut ingenua probari possis (C. IV, 19, 17 a. 294); si originem rei probare potes (C. IV, 24, 10, 1 a. 293); argumentis, quibus *putas* (*leg.* potes) (Cod. IV, 20, 2 a. 223); quibus potes . . . probationibus (Cod. IV, 19, 12 a. 293); si potes probare (Gregor. IV, 2).

c) La inesistenza di documenti scritti non pregiudica: Cod. IV, 21, 1 a. 213: (= Gregor. IV, 2, 1) nec oberit tibi amissio instrumentorum, si modo manifestis probationibus eos debitores esse apparuerit; Cod. III, 36, 5 (Alex.): licet scriptura non probetur, vel aliis tamen rationibus doceri nihil impedit; Cod. III, 37, 4 pr. a. 297: quamvis non instrumentis sed aliis probationibus earum diremptam communionem probetur; Cod. VII, 3, 25 a. 294:

Sicut praetermissa instrumenta manumissionis .... nullum adferunt praestitae libertati vitium, ita si servum ad libertatem produxisti, instrumentorum amissio nihil ei nocere potest. Cod. IV, 21, 4 a. 239: si ob amissorum instrumentorum casum probatione defeceris *cet.* Cod. IV, 21, 5 a. 240: non existentibus instrumentis vel aliis argumentis probari fidem precibus vestris adesse; Cod. IV, 21, 6 a. 286: statum tuum natali professione perdita mutilatum non esse certi iuris est; Cod. IV, 21, 7 a. 286: licet super huiusmodi re instrumenta, ut dicis, facta perdita sunt, tamen, si aliis ... probationibus veritas ostendi potest, veteranorum privilegia etiam te usurpare posse dubium non est; Cod. IV, 21, 8 a. 287: nullum praeiudicium dominio comparari propter amissionem instrumentorum; Cod. IV, 21, 9 a. 293: Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio ... facta non habeatur irrita; Cod. IV, 21, 10 a. 294: Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat, consequenter amissis etiam quae intercesserant non tolli substantiam veritatis placuit; Cod. IV, 21, 11 a. 294: etsi actorum tenor non existat, si tamen aliis ... probationibus .... factam esse emancipationem probari possit, actorum interitu veritas convelli non *solet* (*Diocl.* potest); Cod. IV, 21, 12 a. 294. Non idcirco minus in vacuam inductus praedii donationis causa possessionem, quod eius facti praetermissum instrumentum adseveratur; Cod. IV, 38, 12 Diocl. Non idcirco minus emptio perfecta est, quod ... vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est; Cod. VII, 32, 2. Alex.: licet enim instrumento non sit comprehensum quod tibi tradita sit possessio; Cod. X, 3, 3 a. 239: Etsi instrumenta emptionis non extent, quibuscumque tamen probationibus *cet.*; Cod. II, 3, 17 a. 286: pactum ... et si scriptura non existente aliis probationibus rei gestae veritas comprobari potest; Cod. III, 32, 10 a. 290: dominia etiam citra instrumentorum exhibitionem, aliis probationibus ... posse ostendi; Cod. III, 32, 19 a. 293: indicia cetera .... non minorem probationis quam instrumenta continent fidem; Cod. IV, 19, 4 a. 222: Proprietatis dominium non tantum

instrumento emptionis, sed ex quibuscumque aliis ... probationibus ostenditur. D. XXII, 4, 5 Callistratus: Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum praebeat, non ideo minus valebit, quod [*instrumentum nullum*] de ea intercessit; D. XLIV, 7, 61 pr. Scaev. — non propterea quod scriptura quae proponeretur interposita sit, obligatum esse.[1])

E tutti i giuristi perciò discutono le conseguenze che possono derivare dal furto o danneggiamento di tabulae, cautiones, chirographa, concludendo, necessariamente, che, ove l'interessato possa provare il contenuto di essi con altri mezzi, il danno si riduce in sostanza al valore delle tavole o della carta: D. II, 14, 10 in fine; D. IX, 4, 40, 41, 42; D. XLVII, 2, fr. 27, 28, 32.

Ma quel che interessa rilevare, sovratutto, si è che le decisioni e locuzioni sopra riferite, per quanto attiene ai mezzi di prova, abbracciano tutto il campo del diritto privato, senza alcuna eccezione. Esse riguardano lo stato delle persone; nascita, ingenuità, privilegi di veterani, manumissione, adozione, emancipazione; ma insieme costituzione di rapporti obbligatorii, pagamenti; acquisto del dominio, possesso; disposizioni di ultima volontà; divisione, ed in generale qualsiasi fatto giuridico, contratto o negozio, solenne o non solenne.

Il principio è generale, dunque, ed assoluto; nel senso che le parti hanno tutta la libertà di prova, come il giudice è pienamente libero nell' apprezzare quelle fornite. La scrittura è la prova più facile, ma non ha privilegio di sorta; di fronte ad altri mezzi. Perciò gl' Imperatori usano sempre locuzioni generali e comprensive: aliis, quibuscumque rationibus, probationibus. E su questo concetto insistono a iosa; forma già un motivo dominante dei rescritti, specialmente dioclezianei, appunto perchè essendo essi indirizzati sempre a persone viventi nelle provincie orientali, dovevano giorno per giorno contrastare, al solito, le diverse consuetudini giuridiche ivi esistenti, sia in ordine al diritto materiale che

[1]) Le aggiunte inserite dai Compilatori nei testi descritti saranno più oltre messe in evidenza.

rispettto ai mezzi di prova, e che poggiavano essenzialmente sulla scrittura.

Perciò Costantino deve pure ribadire il principio romano, con una disposizione generale:

15 Cod. IV, 21 Imp. Constantinus A. ad populum. In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum [1]) quam depositiones testium.

Ma questa legge del 317 è datata da Roma.

II. Nel diritto giustinianeo la scena muta d'un tratto, nel senso che la libertà di prova ha ora limiti essenziali di vario ordine; e di più la prova scritta diviene di regola preminente ed in molti casi esclusiva. Giustiniano emanò molte leggi relative alle forme degli atti e dei negozii, che costituiscono in complesso tutto un nuovo ordinamento della materia, che si manifesta naturalmente in processo nel campo delle prove.

Ma l'argomento può essere qui solo delibato, in quanto è necessario per dimostrare le alterazioni dei testi antichi. La quale dimostrazione peraltro è assai agevole, perchè le minime variazioni introdotte dai Compilatori su quel fondo compatto, per la coesione di tutti gli elementi, si rivelano subito anche all' occhio inesperto come ingredienti fuori posto.

L'indirizzo non che il metodo seguito dai Commissarii in questa materia si mostra subito da alcuni confronti, che sono preliminari, tra il Cod. Th. ed il Cod. J.

Th. II, 17, 1, 11 Constantin. a. 321: probare tabulis vel testibus = J. II, 44, 2, 1: probare testibus vel *instrumentis*.

Th. XI, 36, 7 Constant. a. 344 iudicii argumenta conglutinet = J. VII, 2, 1: *testibus productis instrumentis prolatis.* [2])

Th. IX, 19, 4 Valens a. 376: de scripturae fide = J. IX, 22, 23 pr. de *instrumenti* fide.

---

[1]) Non vi è speciale interesse a notare che nella legge originale al posto di 'instrumentorum' poteva essere 'scripturae'; un tale mutamento lo osserveremo subito in altri passi del Codice. — [2]) Per altro len C. J. la 2ª parte della legge è tutta rifatta.

Th. IV, 4, 2 Valentinian. a. 389: super prolata epistula incumbat probatio ei = J. IX, 22, 24 super prolatis *codicillis vel aliis instrumentis* incumbat probatio ei . . . . . *fidei instrumenti.*

Th. III, 30, 6 Archad. a. 396: inventario sollemniter facto = J. V, 37, 24 pr. inventarium sollemniter *rerum omnium et instrumentorum* facere.

E dal confronto dei passi riferiti emerge, in primo luogo, che ai Compilatori era singolarmente familiare il termine 'instrumentum' che sostituivano con tutta spontaneità a 'tabulae' 'scriptura' 'epistula'; ed in secondo luogo che il significato di quella voce non è più quello generale dei latini, indicato da Paolo in D. XXII, 4, 1: Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur[1]), ma sibbene più ristretto e determinato; ed esso serve ora a designare l'atto scritto = *συμβόλαιον*; il quale significato se appare già nei V. F. e più nelle costituzioni di Diocleziano, bisogna sempre ricordarsi, che in tutti quei casi giuristi ed Imperatori rispondono a petizioni rivolte da persone viventi nelle provincie ellenizzate.[2])

A noi importa quindi rilevare qui che il vocabolo instrumentum si ridusse a significare la scrittura, il documento scritto, onde correttamente nel campo delle prove si contrappone a 'testes', come specie a specie.

Cotali esperimenti ci conducono ora in modo piano alla determinazione di molti emblemi nel Corpus iuris.

Cod. IV, 21, 3 Alex. a. 226: fides *instrumenti*; e doveva essere scripturae, infatti segue 'ex ea scriptura'.

D. 47, 2, 27, 3: sed si quis non amovit *huiusmodi instrumenta* sed interlevit; dove non solo la frase segnata in corsivo è compilatoria ma anche la decisione, che qui non interessa.[3])

---

[1]) Cfr. Ulp. D. L, 16, 99, 2. — [2]) Anche il termine 'documentum' subì la stessa evoluzione, e via via si restrinse a significare l'atto scritto in opposizione a testes: 2 Cod. III, 21 a. 423; 25 Cod. IV, 19 = Th. IX, 37, 3 a. 382; 29 Cod. 8, 53, nella parte interpolata. — [3]) La decisione genuina si legge in D. IX, 2, 41 in fine; cfr. X, 2, 4—8.

rispettto ai mezzi di prova, e che poggiavano essenzialmente sulla scrittura.

Perciò Costantino deve pure ribadire il principio romano, con una disposizione generale:

15 Cod. IV, 21 Imp. Constantinus A. ad populum. In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum [1]) quam depositiones testium.

Ma questa legge del 317 è datata da Roma.

II. Nel diritto giustinianeo la scena muta d'un tratto, nel senso che la libertà di prova ha ora limiti essenziali di vario ordine; e di più la prova scritta diviene di regola preminente ed in molti casi esclusiva. Giustiniano emanò molte leggi relative alle forme degli atti e dei negozii, che costituiscono in complesso tutto un nuovo ordinamento della materia, che si manifesta naturalmente in processo nel campo delle prove.

Ma l'argomento può essere qui solo delibato, in quanto è necessario per dimostrare le alterazioni dei testi antichi. La quale dimostrazione peraltro è assai agevole, perchè le minime variazioni introdotte dai Compilatori su quel fondo compatto, per la coesione di tutti gli elementi, si rivelano subito anche all' occhio inesperto come ingredienti fuori posto.

L'indirizzo non che il metodo seguito dai Commissarii in questa materia si mostra subito da alcuni confronti, che sono preliminari, tra il Cod. Th. ed il Cod. J.

Th. II, 17, 1, 11 Constantin. a. 321: probare tabulis vel testibus = J. II, 44, 2, 1: probare testibus vel *instrumentis*.

Th. XI, 36, 7 Constant. a. 344 iudicii argumenta conglutinet = J. VII, 2, 1: *testibus productis instrumentis prolatis.* [2])

Th. IX, 19, 4 Valens a. 376: de scripturae fide = J. IX, 22, 23 pr. de *instrumenti* fide.

---

[1]) Non vi è speciale interesse a notare che nella legge originale al posto di 'instrumentorum' poteva essere 'scripturae'; un tale mutamento lo osserveremo subito in altri passi del Codice. — [2]) Per altro len C. J. la 2ª parte della legge è tutta rifatta.



Th. IV, 4, 2 Valentinian. a. 389: super prolata epistula incumbat probatio ei = J. IX, 22, 24 super prolatis *codicillis vel aliis instrumentis* incumbat probatio ei..... *fidei instrumenti.*

Th. III, 30, 6 Archad. a. 396: inventario sollemniter facto = J. V, 37, 24 pr. inventarium sollemniter *rerum omnium et instrumentorum* facere.

E dal confronto dei passi riferiti emerge, in primo luogo, che ai Compilatori era singolarmente familiare il termine 'instrumentum' che sostituivano con tutta spontaneità a 'tabulae' 'scriptura' 'epistula'; ed in secondo luogo che il significato di quella voce non è più quello generale dei latini, indicato da Paolo in D. XXII, 4, 1: Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur[1]), ma sibbene più ristretto e determinato; ed esso serve ora a designare l'atto scritto = συμβόλαιον; il quale significato se appare già nei V. F. e più nelle costituzioni di Diocleziano, bisogna sempre ricordarsi, che in tutti quei casi giuristi ed Imperatori rispondono a petizioni rivolte da persone viventi nelle provincie ellenizzate.[2])

A noi importa quindi rilevare qui che il vocabolo instrumentum si ridusse a significare la scrittura, il documento scritto, onde correttamente nel campo delle prove si contrappone a 'testes', come specie a specie.

Cotali esperimenti ci conducono ora in modo piano alla determinazione di molti emblemi nel Corpus iuris.

Cod. IV, 21, 3 Alex. a. 226: fides *instrumenti*; e doveva essere scripturae, infatti segue 'ex ea scriptura'.

D. 47, 2, 27, 3: sed si quis non amovit *huiusmodi instrumenta* sed interlevit; dove non solo la frase segnata in corsivo è compilatoria ma anche la decisione, che qui non interessa.[3])

---

[1]) Cfr. Ulp. D. L, 16, 99, 2. — [2]) Anche il termine 'documentum' subì la stessa evoluzione, e via via si restrinse a significare l'atto scritto in opposizione a testes: 2 Cod. III, 21 a. 423; 25 Cod. IV, 19 = Th. IX, 37, 3 a. 382; 29 Cod. 8, 53, nella parte interpolata. — [3]) La decisione genuina si legge in D. IX, 2, 41 in fine; cfr. X, 2, 4—8.

rispettto ai mezzi di prova, e che poggiavano essenzialmente sulla scrittura.

Perciò Costantino deve pure ribadire il principio romano, con una disposizione generale:

15 Cod. IV, 21 Imp. Constantinus A. ad populum. In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum[1]) quam depositiones testium.

Ma questa legge del 317 è datata da Roma.

II. Nel diritto giustinianeo la scena muta d'un tratto, nel senso che la libertà di prova ha ora limiti essenziali di vario ordine; e di più la prova scritta diviene di regola preminente ed in molti casi esclusiva. Giustiniano emanò molte leggi relative alle forme degli atti e dei negozii, che costituiscono in complesso tutto un nuovo ordinamento della materia, che si manifesta naturalmente in processo nel campo delle prove.

Ma l'argomento può essere qui solo delibato, in quanto è necessario per dimostrare le alterazioni dei testi antichi. La quale dimostrazione peraltro è assai agevole, perchè le minime variazioni introdotte dai Compilatori su quel fondo compatto, per la coesione di tutti gli elementi, si rivelano subito anche all' occhio inesperto come ingredienti fuori posto.

L'indirizzo non che il metodo seguito dai Commissarii in questa materia si mostra subito da alcuni confronti, che sono preliminari, tra il Cod. Th. ed il Cod. J.

Th. II, 17, 1, 11 Constantin. a. 321: probare tabulis vel testibus = J. II, 44, 2, 1: probare testibus vel *instrumentis*.

Th. XI, 36, 7 Constant. a. 344 iudicii argumenta conglutinet = J. VII, 2, 1: *testibus productis instrumentis prolatis.*[2])

Th. IX, 19, 4 Valens a. 376: de scripturae fide = J. IX, 22, 23 pr. de *instrumenti* fide.

---

[1]) Non vi è speciale interesse a notare che nella legge originale al posto di 'instrumentorum' poteva essere 'scripturae'; un tale mutamento lo osserveremo subito in altri passi del Codice. — [2]) Per altro len C. J. la 2ª parte della legge è tutta rifatta.



Th. IV, 4, 2 Valentinian. a. 389: super prolata epistula incumbat probatio ei = J. IX, 22, 24 super prolatis *codicillis vel aliis instrumentis* incumbat probatio ei..... *fidei instrumenti.*

Th. III, 30, 6 Archad. a. 396: inventario sollemniter facto = J. V, 37, 24 pr. inventarium sollemniter *rerum omnium et instrumentorum* facere.

E dal confronto dei passi riferiti emerge, in primo luogo, che ai Compilatori era singolarmente familiare il termine 'instrumentum' che sostituivano con tutta spontaneità a 'tabulae' 'scriptura' 'epistula'; ed in secondo luogo che il significato di quella voce non è più quello generale dei latini, indicato da Paolo in D. XXII, 4, 1: Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur[1]), ma sibbene più ristretto e determinato; ed esso serve ora a designare l'atto scritto = *συμβόλαιον*; il quale significato se appare già nei V. F. e più nelle costituzioni di Diocleziano, bisogna sempre ricordarsi, che in tutti quei casi giuristi ed Imperatori rispondono a petizioni rivolte da persone viventi nelle provincie ellenizzate.[2])

A noi importa quindi rilevare qui che il vocabolo instrumentum si ridusse a significare la scrittura, il documento scritto, onde correttamente nel campo delle prove si contrappone a 'testes', come specie a specie.

Cotali esperimenti ci conducono ora in modo piano alla determinazione di molti emblemi nel Corpus iuris.

Cod. IV, 21, 3 Alex. a. 226: fides *instrumenti*; e doveva essere scripturae, infatti segue 'ex ea scriptura'.

D. 47, 2, 27, 3: sed si quis non amovit *huiusmodi instrumenta* sed interlevit; dove non solo la frase segnata in corsivo è compilatoria ma anche la decisione, che qui non interessa.[3])

---

[1]) Cfr. Ulp. D. L, 16, 99, 2. — [2]) Anche il termine 'documentum' subì la stessa evoluzione, e via via si restrinse a significare l'atto scritto in opposizione a testes: 2 Cod. III, 21 a. 423; 25 Cod. IV, 19 = Th. IX, 37, 3 a. 382; 29 Cod. 8, 53, nella parte interpolata. — [3]) La decisione genuina si legge in D. IX, 2, 41 in fine; cfr. X, 2, 4—8.

D. IX, 2, 42: tabulas testamenti depositas [*vel alicuius rei instrumentum*]; la frase insiticia appare dalla motivazione dove ritorna solo la voce 'tabulas'.

D. XXII, 4, 5: *instrumentnm nullum*: era forse: [scriptura] de ea re non intercessit.

D. 47, 2, 31, 1: tabulas *instrumentorum* .... Labeo ait; dove la specificazione, se c'era, doveva essere più determinata.

D. II, 13, 10, 3 Gai.: aut aliis *instrumentis vel testibus*... probare — nunc aliis *instrumentis aut testibus*; Gaio avrà scritto: aut aliis indiciis, o altre frasi simili.

Cod. IV, 32, 7 Imp. Ant. A. Aristeo. Creditor [*instrumentis suis*] probare debet, quae intendit, et usuras se stipulatum si potest. Nec enim, si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt.

La frase insiticia è qui grave, perchè ha prodotto uno spostamento nel significato del rescritto. Esso dice, ora, che la prova della stipulatio, necessaria per le usurae, è riposta nell' istrumento che deve essere in potere del creditore. Che se si osserva, che il rescritto mirava ad escludere che l'attore potesse richiedere i documenti di prova al convenuto, io dico che vi è un confronto schiacciante nella c. 7 Cod. IV, 20 = Collat. VI, 14 di Diocleziano, in cui lo stesso concetto è espresso nella forma più generale, come si doveva, cioè con le parole: proprias adferre debetis probationes. Ma i Compilatori naturalmente dovevano riferirsi agli 'instrumenta', esclusivamente, perchè la prova della stipulatio s'era ridotta alla cautio scritta, sparita la solennità verbale.

Cod. IV, 32, 4 (Sever. et Ant.) AA Aproniae et Honoratae: — si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem, cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata retentio pignoris, quando eo tempore, quo *instrumenta emittebantur*, non convenerit, ut pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.

La costituzione ammette la retentio pignoris per le usurae convenute senza stipulazione. Ma se è così, la esclusione assoluta, nella specie, anche delle minori usurae convenute al tempo del contratto non si capisce. Ed è vero, piuttosto che la costituzione fu profondamente rimaneggiata, per attuare la norma che la convenzione rispetto alle usurae

deve coincidere nel momento della confezione degli istrumenti, e forse risultare dai medesimi. Le correzioni di forma proposte dal Mo. sono arbitrarie.

C. 11 Cod. IV, 21 Idem [Diocl. et Max.] AA. et CC. Theageni. — si tamen aliis [*indubiis*] probationibus, [*vel ex personis vel ex instrumentorum incorrupta fide*] factam esse emancipationem probari possit.

Avanti fu notata anche per questo rescritto la soppressione della mancipatio, richiesta dagl' Imperatori del III sec. ammettendone peraltro la prova con qualsiasi mezzo: aliis probationibus. E perciò la determinazione di quei mezzi: ex *personis vel ex instrumentis* è giustinianea, come si manifesta evidentissima nelle qualificazioni agguinte: *indubiis — incorrupta fide*, di stile bisantino.

Ma sovratutto poi è notevole la chiusa di un rescritto, che stabilisce una presunzione in favore dell' attore per il solo fatto che la parte avversa sottrasse l'instrumentum emptionis; e ciò è detto, nientemeno, in materia di vindicatio in servitutem.

C. 20 Cod. IV, 19 (Diocl. et Max.) AA. et CC. Phronimae........ [*nam si in servitutem petatur, ad emptionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.*]

Il rescritto che precede si riferiva al caso inverso, di colei che trovandosi in possessione servitutis pretendeva la libertà. È quindi certo che i Compilatori costruirono di pianta la seconda ipotesi, perchè ormai la prova della libertà o della servitù è tutta riposta negli instrumenta.

Ma se finora abbiamo osservato *instrumenta vel testes* posti in una stessa linea come mezzi di prova usuali, è facile progredendo nell' indagine vedere il valore che Giustiniano attribuisce all' una o all' altra categoria; essendo in realtà palese nelle nuove costituzioni il disfavore per i testes in confronto della prova scritta, la quale è sempre preferita e spesso imposta in modo esclusivo.

Così la contraddizione al documento scritto, che concerne una stipulazione, non è facilmente ammessa, ma in ogni caso prescrive la

C. 14 § 2 C. VIII, 37 (a. 531) . . . qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit.... sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.

Dove è degno di nota che Giustiniano inculca la credibilità delle scritture per interesse pubblico; mentre egli manifesta il disfavore verso i testes non solo con le qualificazioni ristrettive che ingiunge dovunque, che potrebbero ritenersi sovrabbondanze bisantine, ma pure con frasi dure e sprezzanti, ove l'occasione si presti.[1]) Per questo motivo in materia di pagamento, che è pure una res facti, Giustiniano esige per la prova in primo luogo l'apocha, in confronto della scrittura obbligatoria, e si esprime così: 18 Cod. IV, 20. Testium facilitatem . . . prout possibile est, resecantes.... qui in scriptis a se debita rettulerunt, quod non facile audientur . . . velintque viles et forsitan redemptos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis *cet.*

La legge è del 528, cioè emanata nel principio dell' opera legislativa, e mostra pertanto uno dei nuovi atteggiamenti della codificazione di fronte al diritto romano; quale atteggiamento si estrinseca con vigore nella famosa l. 25 D. XXII, 3, messa sotto il nome di Paolo, in cui si esigono in ogni caso nella complessa materia dell' indebito pagamento 'legitimis probationibus', e rispetto alla *cautio indiscreta*, se il debitore sa riferire il motivo della scrittura: *tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.*

Quindi le frasi: *probationes in scriptis habitae*[2]), *liquidae, apertissimae, evidentissimae, legitimae* sono qualificazioni correnti nella compilazione per le prove in giudizio. E per conoscere quali siano legittime e liquide ed evidenti bisogna

---

[1]) In generale poi nella Nov. 90. — [2]) Perciò i Compilatori erano pure costretti a porre in rilievo che determinati atti potevano compiersi senza la scrittura: 4 D. 22, 4: et sine his quidem valet . . . si habeat probationem; cfr. 4 D. 20, 1.



ogni volta riportarsi alle leggi singole, che prescrivono forme e condizioni per l'efficacia dei rapporti o degli atti giuridici.

Ma qui non è il luogo per tale indagine.

Basterà invece indicare alcuni esempii, per intendere meglio l'indirizzo della nuova legislazione rispetto all' argomento nostro.

Così è noto che nel diritto giustinianeo il giuramento acquista grande valore, che ha sostanza dalla fede cristiana, e come tale è adoperato come mezzo di prova in casi estremi con carattere decisorio.[1]) E pertanto il fidecommissario, che assume la disposizione fatta a suo favore senza scrittura e testimonii, può deferire il giuramento a colui che egli pretende esserne gravato: nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis.[2]) E contro la decisione dei giureconsulti Giustiniano rende pienamente efficace la dichiarazione contenuta in una scrittura: *scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit credenda est scriptura.*[3]) Altra volta si ricorre al giuramento per reprimere qualsiasi dubbio o attacco in ordine a scritture che, prodotte una volta in giudizio, non si possono più presentare, perchè perdute o distrutte.[4])

Ma più importa osservare l'efficacia della scrittura per sè stessa, in questo proposito. E qui rilevo: l'inammissibilità dell' eccezione introdotta dal Velleiano ove la donna: in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum eam pecuniam vel rem accepisse.[5]) L'enfitenta non può trasferire ad altri il suo diritto, se non ne ebbe espressa permissione nell' atto di costituzione. Se l'istrumento è perduto, non è ammessa altra prova.[6]) La ex: non numeratae pecuniae non è opponibile contro istrumenti di deposito o avverso quittanze del pagamento della dote, in altri casi è limitata a soli 30 giorni.[7]) La relocatio

[1]) Cfr. c. 2 Cod. II, 58. — [2]) C. 32 Cod. VI, 42 a. 531. — [3]) fr. 37 § 5 D. de leg. III. — [4]) C. 21 Cod. IV, 21 a. 530. — [5]) C. 23 § 2 Cod. IV, 29, a. 530. — [6]) C. 3 pr. Cod. IV, 66 a. 530. Se l'enfitensi debba essere sempre costituita per scrittura è controverso: c. 1 Cod. IV, 66: scriptura interveniente; cfr. su questo passo Glück, Erläut. VIII p. 462; Arndts, Vermischt. Schrift. II 232. — [7]) C. 14 § 1 seg. Cod. IV, 30, a. 528.

C. 14 § 2 C. VIII, 37 (a. 531) ... qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit.... sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.

Dove è degno di nota che Giustiniano inculca la credibilità delle scritture per interesse pubblico; mentre egli manifesta il disfavore verso i testes non solo con le qualificazioni ristrettive che ingiunge dovunque, che potrebbero ritenersi sovrabbondanze bisantine, ma pure con frasi dure e sprezzanti, ove l'occasione si presti.[1]) Per questo motivo in materia di pagamento, che è pure una res facti, Giustiniano esige per la prova in primo luogo l'apocha, in confronto della scrittura obbligatoria, e si esprime così: 18 Cod. IV, 20. Testium facilitatem ... prout possibile est, resecantes.... qui in scriptis a se debita rettulerunt, quod non facile audientur ... velintque viles et forsitan redemptos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis *cet.*

La legge è del 528, cioè emanata nel principio dell' opera legislativa, e mostra pertanto uno dei nuovi atteggiamenti della codificazione di fronte al diritto romano; quale atteggiamento si estrinseca con vigore nella famosa l. 25 D. XXII, 3, messa sotto il nome di Paolo, in cui si esigono in ogni caso nella complessa materia dell' indebito pagamento 'legitimis probationibus', e rispetto alla *cautio indiscreta*, se il debitore sa riferire il motivo della scrittura: *tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.*

Quindi le frasi: *probationes in scriptis habitae*[2]), *liquidae, apertissimae, evidentissimae, legitimae* sono qualificazioni correnti nella compilazione per le prove in giudizio. E per conoscere quali siano legittime e liquide ed evidenti bisogna

---

[1]) In generale poi nella Nov. 90. — [2]) Perciò i Compilatori erano pure costretti a porre in rilievo che determinati atti potevano compiersi senza la scrittura: 4 D. 22, 4: et sine his quidem valet... si habeat probationem; cfr. 4 D. 20, 1.



ogni volta riportarsi alle leggi singole, che prescrivono forme e condizioni per l'efficacia dei rapporti o degli atti giuridici.

Ma qui non è il luogo per tale indagine.

Basterà invece indicare alcuni esempii, per intendere meglio l'indirizzo della nuova legislazione rispetto all' argomento nostro.

Così è noto che nel diritto giustinianeo il giuramento acquista grande valore, che ha sostanza dalla fede cristiana, e come tale è adoperato come mezzo di prova in casi estremi con carattere decisorio.[1]) E pertanto il fidecommissario, che assume la disposizione fatta a suo favore senza scrittura e testimonii, può deferire il giuramento a colui che egli pretende esserne gravato: nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis.[2]) E contro la decisione dei giureconsulti Giustiniano rende pienamente efficace la dichiarazione contenuta in una scrittura: *scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit credenda est scriptura.*[3]) Altra volta si ricorre al giuramento per reprimere qualsiasi dubbio o attacco in ordine a scritture che, prodotte una volta in giudizio, non si possono più presentare, perchè perdute o distrutte.[4])

Ma più importa osservare l'efficacia della scrittura per sè stessa, in questo proposito. E qui rilevo: l'inammissibilità dell' eccezione introdotta dal Velleiano ove la donna: in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum eam pecuniam vel rem accepisse.[5]) L'enfitenta non può trasferire ad altri il suo diritto, se non ne ebbe espressa permissione nell' atto di costituzione. Se l'istrumento è perduto, non è ammessa altra prova.[6]) La ex: non numeratae pecuniae non è opponibile contro istrumenti di deposito o avverso quittanze del pagamento della dote, in altri casi è limitata a soli 30 giorni.[7]) La relocatio

[1]) Cfr. c. 2 Cod. II, 58. — [2]) C. 32 Cod. VI, 42 a. 531. — [3]) fr. 37 § 5 D. de leg. III. — [4]) C. 21 Cod. IV, 21 a. 530. — [5]) C. 23 § 2 Cod. IV, 29, a. 530. — [6]) C. 3 pr. Cod. IV, 66 a. 530. Se l'enfitensi debba essere sempre costituita per scrittura è controverso: c. 1 Cod. IV, 66: scriptura interveniente; cfr. su questo passo Glück, Erläut. VIII p. 462; Arndts, Vermischt. Schrift. II 232. — [7]) C. 14 § 1 seg. Cod. IV, 30, a. 528.

C. 14 § 2 C. VIII, 37 (a. 531) . . . qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit.... sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.

Dove è degno di nota che Giustiniano inculca la credibilità delle scritture per interesse pubblico; mentre egli manifesta il disfavore verso i testes non solo con le qualificazioni ristrettive che ingiunge dovunque, che potrebbero ritenersi sovrabbondanze bisantine, ma pure con frasi dure e sprezzanti, ove l'occasione si presti.[1]) Per questo motivo in materia di pagamento, che è pure una res facti, Giustiniano esige per la prova in primo luogo l'apocha, in confronto della scrittura obbligatoria, e si esprime così: 18 Cod. IV, 20. Testium facilitatem . . . prout possibile est, resecantes.... qui in scriptis a se debita rettulerunt, quod non facile audientur . . . velintque viles et forsitan redemptos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis *cet.*

La legge è del 528, cioè emanata nel principio dell' opera legislativa, e mostra pertanto uno dei nuovi atteggiamenti della codificazione di fronte al diritto romano; quale atteggiamento si estrinseca con vigore nella famosa l. 25 D. XXII, 3, messa sotto il nome di Paolo, in cui si esigono in ogni caso nella complessa materia dell' indebito pagamento 'legitimis probationibus', e rispetto alla *cautio indiscreta*, se il debitore sa riferire il motivo della scrittura: *tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.*

Quindi le frasi: *probationes in scriptis habitae*[2]*), liquidae, apertissimae, evidentissimae, legitimae* sono qualificazioni correnti nella compilazione per le prove in giudizio. E per conoscere quali siano legittime e liquide ed evidenti bisogna

---

[1]) In generale poi nella Nov. 90. — [2]) Perciò i Compilatori erano pure costretti a porre in rilievo che determinati atti potevano compiersi senza la scrittura: 4 D. 22, 4: et sine his quidem valet . . . si habeat probationem; cfr. 4 D. 20, 1.

ogni volta riportarsi alle leggi singole, che prescrivono forme e condizioni per l'efficacia dei rapporti o degli atti giuridici.

Ma qui non è il luogo per tale indagine.

Basterà invece indicare alcuni esempii, per intendere meglio l'indirizzo della nuova legislazione rispetto all' argomento nostro.

Così è noto che nel diritto giustinianeo il giuramento acquista grande valore, che ha sostanza dalla fede cristiana, e come tale è adoperato come mezzo di prova in casi estremi con carattere decisorio.[1]) E pertanto il fidecommissario, che assume la disposizione fatta a suo favore senza scrittura e testimonii, può deferire il giuramento a colui che egli pretende esserne gravato: nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis.[2]) E contro la decisione dei giureconsulti Giustiniano rende pienamente efficace la dichiarazione contenuta in una scrittura: *scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit credenda est scriptura.*[3]) Altra volta si ricorre al giuramento per reprimere qualsiasi dubbio o attacco in ordine a scritture che, prodotte una volta in giudizio, non si possono più presentare, perchè perdute o distrutte.[4])

Ma più importa osservare l'efficacia della scrittura per sè stessa, in questo proposito. E qui rilevo: l'inammissibilità dell' eccezione introdotta dal Velleiano ove la donna: in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum eam pecuniam vel rem accepisse.[5]) L'enfitenta non può trasferire ad altri il suo diritto, se non ne ebbe espressa permissione nell' atto di costituzione. Se l'istrumento è perduto, non è ammessa altra prova.[6]) La ex: non numeratae pecuniae non è opponibile contro istrumenti di deposito o avverso quittanze del pagamento della dote, in altri casi è limitata a soli 30 giorni.[7]) La relocatio

[1]) Cfr. c. 2 Cod. II, 58. — [2]) C. 32 Cod. VI, 42 a. 531. — [3]) fr. 37 § 5 D. de leg. III. — [4]) C. 21 Cod. IV, 21 a. 530. — [5]) C. 23 § 2 Cod. IV, 29, a. 530. — [6]) C. 3 pr. Cod. IV, 66 a. 530. Se l'enfitensi debba essere sempre costituita per scrittura è controverso: c. 1 Cod. IV, 66: scriptura interveniente; cfr. su questo passo Glück, Erläut. VIII p. 462; Arndts, Vermischt. Schrift. II 232. — [7]) C. 14 § 1 seg. Cod. IV, 30, a. 528.

tacita non è ammessa se '*in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*'.[1]) La donazione al di là di 500 solidi esige la scrittura e la insinuazione, quindi non può provarsi attrimenti.[2]) Ed anche per le donazioni inferiori a quella misura, si esigono per la prova documenti: [*et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur*].[3]) Nel diritto classico l'interpretazione della volontà del testatore può farsi con tutti i mezzi che la parte interessata crede di poter fornire; Giustiniano esige invece che si desuma dalla stessa scrittura: *nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est.*[4]) — *sin autem ex posteriore scriptura legatus est et evidens ...... ostenditur.*[5])

Ed interpolazioni più gravi si manifestano ora sicuramente: c. 3 Cod. II, 42: [*si tamen ... ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones ... iuris est.*]

C. 2 Cod. IV, 20. Imp. Alexander A. Carpo. Si tibi controversia ingenuitatis fiet, defende causa [*instrumentis et*] argumentis, quibus putas[6]): [*soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt*] (a. 223).

La esclusione della prova testimoniale è qui certamente giustinianea. Ma i Compilatori non si avvidero che l'ultimo testo cit, si rendeva contradditorio, perchè la frase: argumentis quibus potes, che come sappiamo è classica, non può comportare alcuna limitazione. Vedi contro c. 6 Cod. IV, 21 di Diocleziano.[7] E peraltro la innovazione è nella solita forma messa in evidenza da Taleleo, il quale annota: B. 21, 1, 25: *Σημείωσαι τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως: ξένον γάρ ἐστι καὶ ἀλλαχοῦ οὐδαμῶς κείμενον.*

Ed ancora più generale e perciò più grave è la

C. 4 C. IV, 20 Imppp. Carus Carinus et Num. AAA. Aurelio. Solam testationem prolatam nec aliis [*legitimis adminiculis causa approbata nullius esse momenti certum est.*] [a. 284].

---

[1]) 13 § 11 D. XIX, 2 — [2]) Teodoro in B. 47, 1, 62 sch. 1 e seg. ad l. 29 Cod. de donat. — [3]) 29 Cod. de donat.; cfr. avanti p. 194. — [4]) Fr. 33 D. de leg. I. — [5]) Fr. 14 pr. D. de leg. II. — [6]) Leg. potes. — [7]) La necessità della scrittura per la prova dello stato delle persone nel diritto giustinianeo appare dalla Nov. 90 c. VI.

Il significato del rescritto, come si legge ora, è dubbio. Io l'intendo nel senso che la prova soltanto per testes è inefficace. Anche i greci furono dubbiosi, e riferirono pure la massima a quell' attestazione che verrebbe solo dalla parte interessata.[1]) Ma nei Basilici si trova la frase ἑνὸς ἀνθρώπου che potrebbe condurre ad una più precisa determinazione del caso contemplato dal rescritto; che dichiarava forse inattendibile nella specie la testimonianza di un solo individuo. E del resto le frasi: *legitimis adminiculis* e *causa approbata* rivelano la mano dei Compilatori.[2])

Tutti gli elementi giustinianei, dunque, anche qui si compongono in un tutto armonico che aderisce perfettamente al sistema generale attuato nella Compilazione, per cui la scrittura fu ordinata in sostituzione delle forme solenni romane, ed adibita e considerata sempre come il mezzo usuale della estrinsecazione del diritto, in conformità delle consuetudini orientali. Cotale ordinamento anzi può ben indicarsi come la nota più saliente dell' opera nuova, in pieno contrasto col diritto latino. E perciò nell' argomento particolare in esame, tutte quelle frasi e locuzioni e qualificazioni riguardanti le 'probationes' non appariscono più come vibrazioni a vuoto della retorica bisantina, ma sono piuttosto espressione del maggior disegno dell' opera, di tutto un nuovo sistema che i Compilatori si sforzavano di sovrapporre a quello romano, per metterlo comunque in evidenza. Sopratutto la qualifica di 'legitimae' apposta a probationes era idonea allo scopo.[3]) Altre volte tuttavia i Compilatori usano locuzioni più determinate: quibus potes [*iure proditis*] probationibus c. 12 Cod. IV, 19; cetera probationum indicia [*iure prodita*]; c. 15 Cod. 5, 12; indicia cetera [*quae iure non respuuntur*] c. 19 C. III, 32 per designare i mezzi probatorii ammessi dal diritto, o meglio, che dall' ordinamento speciale dell' istituto scaturiscono.[4])

[1]) B. 21, 1, 28. — [2]) La frase 'si non aliis quoque adminiculis adiuventur' si legge in Cod. IV, 19, 5 dell' a. 245, sed è ineccepibile; anzi il caso contemplato da questo rescritto è pure molto vicino a quello che doveva essere riferito nella c. 4 in esame. — [3]) Gli esempi sono frequenti: cfr. 40 pr. D. 29, 1: [*ita tamen ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur*]; c. 4 Cod. IV, 19; c. 2 § 6 Cod. II, 58: et hoc legitime fuerit approbatum. — [4]) La frase: *iure prodita,* desunta

tacita non è ammessa se '*in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*'.[1]) La donazione al di là di 500 solidi esige la scrittura e la insinuazione, quindi non può provarsi attrimenti.[2]) Ed anche per le donazioni inferiori a quella misura, si esigono per la prova documenti: [*et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur*].[3]) Nel diritto classico l'interpretazione della volontà del testatore può farsi con tutti i mezzi che la parte interessata crede di poter fornire; Giustiniano esige invece che si desuma dalla stessa scrittura: *nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est.*[4]) — *sin autem ex posteriore scriptura legatus est et evidens ...... ostenditur.*[5])

Ed interpolazioni più gravi si manifestano ora sicuramente: c. 3 Cod. II, 42: [*si tamen ... ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones ... iuris est.*]

C. 2 Cod. IV, 20. Imp. Alexander A. Carpo. Si tibi controversia ingenuitatis fiet, defende causa [*instrumentis et*] argumentis, quibus putas[6]): [*soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt*] (a. 223).

La esclusione della prova testimoniale è qui certamente giustinianea. Ma i Compilatori non si avvidero che l'ultimo testo cit, si rendeva contradditorio, perchè la frase: argumentis quibus potes, che come sappiamo è classica, non può comportare alcuna limitazione. Vedi contro c. 6 Cod. IV, 21 di Diocleziano.[7] E peraltro la innovazione è nella solita forma messa in evidenza da Taleleo, il quale annota: B. 21, 1, 25: *Σημείωσαι τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως: ξένον γάρ ἐστι καὶ ἀλλαχοῦ οὐδαμῶς κείμενον.*

Ed ancora più generale e perciò più grave è la

C. 4 C. IV, 20 Imppp. Carus Carinus et Num. AAA. Aurelio. Solam testationem prolatam nec aliis [*legitimis adminiculis causa approbata nullius esse momenti certum est.*] [a. 284].

---

[1]) 13 § 11 D. XIX, 2 — [2]) Teodoro in B. 47, 1, 62 sch. 1 e seg. ad l. 29 Cod. de donat. — [3]) 29 Cod. de donat.; cfr. avanti p. 194. — [4]) Fr. 33 D. de leg. I. — [5]) Fr. 14 pr. D. de leg. II. — [6]) Leg. potes. — [7]) La necessità della scrittura per la prova dello stato delle persone nel diritto giustinianeo appare dalla Nov. 90 c. VI.

Il significato del rescritto, come si legge ora, è dubbio. Io l'intendo nel senso che la prova soltanto per testes è inefficace. Anche i greci furono dubbiosi, e riferirono pure la massima a quell' attestazione che verrebbe solo dalla parte interessata.[1]) Ma nei Basilici si trova la frase *ἑνὸς ἀνθρώπου* che potrebbe condurre ad una più precisa determinazione del caso contemplato dal rescritto; che dichiarava forse inattendibile nella specie la testimonianza di un solo individuo. E del resto le frasi: *legitimis adminiculis* e *causa approbata* rivelano la mano dei Compilatori.[2])

Tutti gli elementi giustinianei, dunque, anche qui si compongono in un tutto armonico che aderisce perfettamente al sistema generale attuato nella Compilazione, per cui la scrittura fu ordinata in sostituzione delle forme solenni romane, ed adibita e considerata sempre come il mezzo usuale della estrinsecazione del diritto, in conformità delle consuetudini orientali. Cotale ordinamento anzi può ben indicarsi come la nota più saliente dell' opera nuova, in pieno contrasto col diritto latino. E perciò nell' argomento particolare in esame, tutte quelle frasi e locuzioni e qualificazioni riguardanti le 'probationes' non appariscono più come vibrazioni a vuoto della retorica bisantina, ma sono piuttosto espressione del maggior disegno dell' opera, di tutto un nuovo sistema che i Compilatori si sforzavano di sovrapporre a quello romano, per metterlo comunque in evidenza. Sopratutto la qualifica di 'legitimae' apposta a probationes era idonea allo scopo.[3]) Altre volte tuttavia i Compilatori usano locuzioni più determinate: quibus potes [*iure proditis*] probationibus c. 12 Cod. IV, 19; cetera probationum indicia [*iure prodita*]; c. 15 Cod. 5, 12; indicia cetera [*quae iure non respuuntur*] c. 19 C. III, 32 per designare i mezzi probatorii ammessi dal diritto, o meglio, che dall' ordinamento speciale dell' istituto scaturiscono.[4])

[1]) B. 21, 1, 28. — [2]) La frase 'si non aliis quoque adminiculis adiuventur' si legge in Cod. IV, 19, 5 dell' a. 245, sed è ineccepibile; anzi il caso contemplato da questo rescritto è pure molto vicino a quello che doveva essere riferito nella c. 4 in esame. — [3]) Gli esempi sono frequenti: cfr. 40 pr. D. 29, 1: [*ita tamen ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur*]; c. 4 Cod. IV, 19; c. 2 § 6 Cod. II, 58: et hoc legitime fuerit approbatum. — [4]) La frase: *iure prodita,* desunta

Ma più di frequente Essi si limitano ad avvertire che le prove devono essere:

evidentissimae: c. 7 Cod. IV, 21; fr. 45 D. V, 3; fr. 2 D. XXVIII, 7; fr. 33 inf. D. XXX, 1; 34 § 3 eod.; 62 § 4 D. XXXVI, 1;

apertissimae: fr. 23 pr. D. IV, 2; fr. 63 § 1 D. XXVIII, 5; c. 25 Cod. IV, 19 in confronto al Th. IX, 37, 3.

manifestissimae: fr. 78 § 14 D. XXXVI, 1: *nisi manifestum esset ... et hoc fuerit approbatum;* 3 § 3 D. XLIX, 14; sed ex aliis probationibus [*manifestissimis*] idem fit. Si noti peraltro che manifestis probationibus si legge in Cod. Gregor. IV, 2, 1 = Cod. J. IV, 21, 1.

Ovvero dicono *liquido probare:* fr. 12 D. XII, 2; 42 pr. eod.; 4 pr. D. XXIX, 4; *dilucidis probationibus:* fr. 14 § 5 D. XL, 9; *idoneis documentis* c. 29 Cod. VIII, 53; c. 25 Cod. IV, 19 in confronto al Th. IX, 37, 3; *prob. indubiis* c. 11 Cod. IV, 20; cioè sempre inserendo nei passi antichi qualificativi atti a rompere l'uniformità immutabile del sistema romano.

III. Nel disegnare la linea centrale del diritto probatorio io dovevo limitarmi qui a porre in rilievo il contrasto tra il diritto classico e quello di Giustiniano; e perciò ho dovuto considerare l'uno e l'altro momento del diritto per sè stesso, in periodi ben confinati, il primo che si chiude con Costantino, il secondo che tutto si contiene nella codificazione del sec. VI. Ma qui è certo che la legislazione di Giustiniano rappresenta il risultato d'uno sviluppo compiutosi gradualmente nella parte orientale dell' Impero. Infatti abbiamo due date che sono caratteristiche ed insigni, per quel che riguarda i limiti ed insieme la svalorazione della prova testimoniale. La prima è segnata da Costantino, il quale se in Roma nell' a. 316 aveva ribadito il principio della perfetta uguaglianza della prova per scrittura o per testes [1]); più tardi, nell' a. 334, proclama in generale la norma: ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat. [2]) È vero che questa regola aveva

---

dalla gaiana 'legibus prodita Gai. IV, 11 cfr. Pomp. D. XIX, 5, 11; non è inconsueta ai Compilatori cfr. D. XIX, 5, 1 pr.

[1]) C. 15 Cod. IV, 21. — [2]) C. 9 Cod. IV, 20.

potuto avere dei precedenti nei rescritti, ma essi non potevano assurgere in diritto al grado di una norma, perchè determinati da casi specialissimi.[1]) La seconda data cade nel principio del regno di Giustiniano, il quale, come s'è visto, subito nell' inizio della codificazione, manifesta la sua piena avversione contro le prove testimoniali.[2]) Dunque il disfavore per questo mezzo di prova, che i Romani avevano sempre posto in prima linea, aveva fatto il suo cammino, ed era fermo nella legislazione. E per altro lo stesso Giustiniano lo attesta, nella Nov. 90 dell' a. 539, dove ricorda appunto nella prefazione, che i legislatori prima di lui avevano imposte molte eccezioni e limitazioni e divieti all' ammissibilità dei testes.

Ma il nuovo indirizzo della legislazione bisantina è poi tutto visibile nella redazione visigota delle Sententiae di Paolo, che come sappiamo accolse gli elementi delle leggi imperiali più recenti, in sostituzione delle norme classiche dettate dal giureconsulto. Perciò nell' opera Visigota l'importanza della scrittura è già segnata in varii luoghi, ed in ordine al suo valore in giudizio, di fronte ai testes, essa riproduce perfettamente il sistema giustinianeo, quale è stato qui esposto. Qui devo limitarmi a citare solo due passi:

Paul. S. V, 15, 4: *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.*

I mss. presentano la massima in varie redazioni notate da Huschke, il quale conclude: *unde quaedam omissa, quaedam addita, quaedam corrupta quaedam transposita esse apparet.* Tutto ciò è prettamente fantastico.

Ma è vero piuttosto che il testo è di nuova formazione, e vuol significare: che la scrittura non impugnata di falso non può contraddirsi con prove testimoniali. Forse i precedenti legislativi di questa massima si trovano nelle ll. 4 Th. XI, 39 dell' a. 346 e 6 eod. dell' a. 369; nella quale ultima, a proposito della scrittura prodotta in giudizio, si dice: infirmari autem quae potest, nisi falsa doceatur?[3])

E peraltro le dichiarazioni imperiali di questo genere

---

[1]) C. 4 Cod. IV, 20; cfr. avanti p. 242. — [2]) C. 18 Cod. IV, 20. — [3]) Cfr. Gotofredo in Th. v. IV, 280.



sono numerose nel periodo bisantino[1]); coordinate poi da Giustiniano in regole particolari e ben definite.[2])

L'altro passo dice:

Paul. S. II, 17, 13: *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*

Qui si prescrive, vice versa, per la prova dei negozii stricti iuris la scrittura, e non è necessario ormai dimostrare che tale precetto, che contraddice le nostre cognizioni più certe sul diritto classico[3]), non può derivare dall' opera di Paolo; ma è piuttosto scaturito dai nuovi ordinamenti formatisi sotto l'influsso delle consuetudini vigenti nelle provincie orientali.

E peraltro l'indagine deve arrestarsi qui a mezza strada, per non invadere il territorio più particolare della stipulatio giustinianea, che a ragion veduta non ho voluto toccare in questo luogo.

Appendice III.

[Cfr. c. II n. 28 seg.]

Subscriptio, iussus e voluntas.

I. In due testi che pure il Solazzi ha avuto occasione di esaminare di recente, nei suoi acuti e pregevolissimi studi sulle azioni del pupillo e contro il pupillo[4]), appare di nuovo la subscriptio del documento con efficacia pari al mandato e all' ordine del padrone, ai fini dell' actio quod iussu:

Fr. 1 § 4 D. 15, 4 (Ulp.). Sed et si servi chirographo subscripserit dominus tenetur quod iussu.

---

[1]) B. XXI, 1, 25: *Κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται*; cfr. il detto dell' Imp. Giuliano riportato nel verbale della adunanza concistoriale 23 Marzo 362: Th. XI, 39, 5: Imp. Iulianus d[ixit]: *Τηνικαῦτα γραμμάτια μεγάλην ἰσχὺν ἔχει, ὅταν περὶ αὐτῶν τῶν χραμματίων μὴ ἀμφισβήτησις ἐξ ἄλλων ὀφίλει βεβαιοῦσθαι*; e su questo passo Gotofredo in Th. IV, 279. — [2]) Cfr. c. 14 Cod. VIII, 37; J. III, 19, 12. — [3]) Basterà qui ricordare il rescritto di Antonino, riportato dal Gregor. IV, 2, 1: quibuscumque rationibus debere tibi pecuniam si probaveris *cet.* — [4]) Bull. delle Ist. di Dir. rom. vol. 23 p. 122 n. 1.

C. 3 Cod. 4, 26: Imp. Antoninus A. Arternoni. Etiam si non mandante [*neque subscribente*] neque iubente domina pecuniam mutuam servo Priscae dedisses, tamen ea quantitas si in rem dominae eius iustis erogationibus versa est, de in rem verso apud [*suum iudicem*] eam conveni, consecuturus secundum iuris formam id quod tibi deberi apparuerit. D. III K. Iul. Laeto II et Cereale conss.

L'interpolazione è probabile anche in questi passi. Nel primo Ulpiano avrà potuto scrivere 'non' tenetur. Ed il risultato delle alterazioni dei passi è pure importante nel l'ambito del presente lavoro, perchè se la subscriptio apparisce qui in una funzione speciale, tuttavia essa è equiparata al iussus ed al mandato del padrone, ha quindi per sè stessa efficacia obbligatoria. E la quistione pertanto va posta in questi termini: la scientia ed il semplice consenso o la subscriptio del dominus potevano equivalere all' ordine e al mandato ai fini dell' actio quod iussu? Per i classici io dico di no.

Ed invero l'Editto e la formula relativa si riportavano esclusivamente al 'iussus' con esclusione implicita di altri termini equivalenti.[1] E iussus, secondo le interpretazioni dei giuristi, è sempre una dichiarazione concreta, che può essere variamente fatta: per epistulam, verbis, per nuntium etc....[2]); ma sempre esplicita e diretta a quel fine, tanto che la fideiussio del dominus nel negozio del servo non vale come iussus; quia aliud est iubere, aliud fideiubere.[3])

Giustiniano però introdusse nel codice una variazione essenziale nel costrutto di uno clausola edittale riferentesi al nostro argomento; e vi tolse precisamente il termine tecnico 'iussu', conferendo così, nel testo, generale ed assoluta efficacia alla 'voluntas'.

Ecco i due passi in confronto:

Fr. 2 pr. D. XIV, 5 (Ulp.). — In eum, qui emancipatus... eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in	C. 2 Cod. IV, 26 [Impp. Sev. et Ant.]. Eius rei nomine, quae cum filio familias contracta est sive sua voluntate,

---

[1]) Fr. 2 D. 14, 5 (Ulp.); fr. 1 eod. (Gaio); cfr. Lenel, Das Ed. p. 269 e seg. — [2]) Cfr. D. XV, 4, 1 pr. e seg. (Ulp.). — [3]) Ulp. fr. cit. § 5.

potestate esset, sive sua voluntate, sive 'iussu' eius in cuius potestate erit, contraxerit . . . actionem . . . dabo.	sive eius in cuius potestate fuit . . . actionem . . . dari.

Dunque per l'actio quod iussu è ora sufficiente che il negozio sia stato conchiuso dal figlio con la voluntas del l'avente potestà.

Un ordine espresso nel senso classico non si richiede più. E pertanto l'actio quod iussu si pareggia per questo riguardo alla tributoria, la quale ha luogo: si sciente eo [*sc.* domino] negotiabitur.[1]) Tra le due azioni, invece, vi era grande distanza nel diritto classico.

Ma c'è ancora di più. Nel diritto giustinianeo per l'ammissibilità della tributoria contro l'avente potestà non si esige più nemmeno la voluntas del medesimo, ma basta la sola patientia. Ciò si desume da una evidente interpolazione inserita nel fr. 1.

D. XIV, 4: Scientiam hic eam accipimus quae habet et voluntatem [*sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria*].

Applicazione auche questa del principio giustinianeo 'che nessuno deve mettersi in contraddizione col fatto proprio, quando è in gioco l'interesse dei terzi.[2]) Ma rispetto al fr. 1 § 4. D. XV, 4 ed alla C. 3. Cod. IV, 26 in esame, si deve dire che l'efficacia, per sè stessa, della subscriptio del documento è normale nel diritto giustinianeo, in quanto essa ora conferisce alla scrittura la sua piena validità e genera tutti gli effetti reali ed obbligatori, nei termini dichiarati dalla carta, che nel mondo romano seguivano alle forme solenni della mancipatio e della stipulatio. Gli esempi addotti nel c. II n. 28—31 sono quanto mai espliciti e chiari, e si coordinano alle nuove prescrizioni di Giustiniano rispetto alla sottoscrizione dei contratti di qualsiasi natura: I. III, 23 pr.; Cod. IV, 21, 17; IV, 66, 3, 4; XI, 48, 22, 2. Chi sottoscrive la carta ha emessa una dichiarazione pienament e efficace

[1]) D. 14, 4, 1, 2. — [2]) Cfr. avanti pag. 228; e cfr. 28 D. X, 3 e su questo passo Riccobono, Communio n. 60.



di fronte al destinatario, qualunque sia il rapporto cui si riferisce il documento.

E perciò non vi ha difficoltà ad ammettere ora la equivalenza della subscriptio al iussus.

II. Altre applicazioni sono più difficili a dimostrare, ma non meno sicure, secondo il mio giudizio.

Fr. 8 § 15 D. XX, 6 Marcian. l. sing. ad form. hypoth.

Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est veniri, quod sciebat ubique pignus sibi durare, sed si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur. [*nisi manifeste appareat deceptum esse*; *quod observari oportet et si sine scriptis consenserit.*]

Marciano aveva scritto: consensisse [non] videtur; e perciò tutto il periodo che segue: *nisi . . . consenserit* è tribonianeo; l'ultimo rilievo non può essere di un giureconsulto romano, ed è invece comune ai Compilatori.[1]) L'interpolazione sostanziale, poi, si rende manifesta per il fatto che non appare nel testo determinata la causa della subscriptio; cosa naturalissima ove si supponga la decisione negativa, per cui non importava distinguere la qualità del soscrittore. Onde i Compilatori nell' interpretare la subscriptio, comunque apposta, come consenso dovettero poi ingegnarsi a porvi un limite, escludendo perlomeno il caso del dolo. Ed è provata ancora la interpolazione dai numerosi testi che esigono nella quistione in esame un consenso diretto, che è significato con le frasi sciente et consentiente: sciente et remittente.[2]) In due testi, ove la scientia sola vale come remissione, si tratta di vendita pubblica da parte del fisco o di creditori, che curarono in regola la pubblicazione della vendità.[3]) Del resto la subscriptio per sè, apposta cioè come testis o fideiussor non significa consenso all' atto di alienazione del debitore, come la signatio non può avere quel significato.[4])

---

[1]) Cfr. D. XX, 1, 4. — [2]) 2 Cod. VIII, 25 a. 208; 3 Cod. eod. a. 227; 4 eod. a. 239; 10 eod. a. 293; 4 Cod. VII, 8 a. 222; 1 Cod. eod. a. 205; 4 § 1 D. XX, 6; 9 pr. D. eod. E quindi nella c. 1 Cod. VIII, 25 a. 205: sciente ea, doveva essere: sciente [et consentiente] ea. — [3]) C. 6 Cod. VIII, 25 a. 286; 9 Cod. eod. a. 290. — [4]) Fr. 39 D. XIII, 7.

Onde è pure accertata la interpolazione parallella a quella in esame nel fr. 9 § 1 D. XX, 6; in cui si conclude che il primo creditore pignoratizio perde la garenzia reale essendo intervenuto come fideiussor in una posteriore obligazione del fondo verso il Municipio: Modestinus respondit pignus [*cui is de quo quaeritur consensit minime eum retinere posse*].

La subscriptio è qui direttamente interpretata come consenso, mentre nella relazione fatta da Modestino non vi ha traccia di ciò. Le correzioni proposte dal Mommsen e dal Krüger al testo sono inopportune.[1])

Un altro testo riguarda le cose parafernali della donna introdotte nella casa del marito, che ne ha firmato l'elenco. Fr. 9 § 3 D. XXIII, 3 Ulp. 31 ad Sab. . . . Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, [*quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse*): *hae igitur res an mariti fiant videamus. et non puto, non quod non ei traduntur* (*quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?*) *sed quia*] non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat negetur.

A me pare certa l'interpolazione del lungo brano intermedio: la sottoscrizione del semplice elenco s'interpreta: *quasi res acceperit*; il periodo che segue: *velut cet.* è infelicissimo nella forma, per quanto se ne indovini facilmente il significato; la forma interrogativa *quid enim* è nota come tribonianea[2]); infine per la repetizione insopportabile del *puto*. Ma qui interessa rilevare che l'interpolatore aveva fermo nella mente

[1]) La fideiussione appare in un testo di Marciano costruita pure come mandato del fideiussore a dare in pegno la cosa propria: 5 § 2 D. XX, 2. La decisione qui s'intende benissimo, perchè il debitore dava in pegno la cosa altrui, senza dubbio col consenso tacito del proprietario presente. La chiusa del testo però è interpolatizia: *sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.* — [2]) Beseler, Beiträge I, 61 seg.; v. ora su questo passo, Pampaloni, Riv. it. 52 p. 162; Castelli, *Παραφερνα* p. 66.

il concetto che la subscriptio vale, per sè, anche per il trasferimento del dominio delle cose descritte nella carta, e perciò nella specie si arrabbatta per escludere cotale effetto: *quasi res acceperit*. L'ordine delle idee era invero semplicissimo nel testo ulpianeo, ed eliminata l'interpolazione si rende perspicuo.[1])

Appendice IV.

[Cfr. c. VI n. 7.]

Quasi possessio.

La proporzione tra la nota in D. VIII, 1, 20 di Iavolenus l. V ex posterioribus Labeonis: Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse . . ., e la quasi possessio mentovata da Gaio IV, 139 è perfetta.

Come la possessio, così la traditio è solo possibile per le res corporales. — Gaio II, 19, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem: Dunque i duo concetti coincidono nello stesso punto.

Ma nondimeno è possibile un avvicinamento, per analogia, del concetto di possessio e di traditio all' esercizio di qualunque diritto; e quanto alla possessio si sa che l'applicazione fu dai Romani fatta in larga scala per indicare, in fatto, lo stato di libertà, di servitù, di privilegio, della cittadinanza, il possesso del diritto di sepolcro.[2])

Perciò nulla osta a che l'esercizio di una servitù si rappresenti in una forma viva, come una 'quasi possessio', e che l'atto con cui l'esercizio della sesvitù s'inizia, giusta la volontà del concedente, si raffiguri come una tradizione. Tra questi termini, come dicevo, la proporzione è perfetta.[3]) Il

---

[1]) In altri passi la subscriptio non desta alcun sospetto, perchè non vi si annette alcuna consequenza di diritto; così nel fr. 8 D. XVIII, 5: quasi procurator subscripsit; 5 Cod. IV, 22. Nei fr. 11 D. II, 13 e 11 D. XLIV, 1 la sottoscrizione, che può essere ordinata dal giudice, serve a stabilire il riconoscimento delle scritture, e per ciò era nell' uso. — [2]) Cfr. Partsch, Die longi temp. praescriptio im klass. Recht., e i testi citati a pag. 90 e seg. — [3]) La terminologia è fuori dubbio, ai fini processuali, in quanto il titolare della servitù è considerato quale 'possessor' se trovasi nel godimento della servitù; ovvero è possessor

Perozzi[1]), che investì l'idea fondamentale della quasi possessio, tuttavia rispettò la nota di Giavoleno nella parte che qui interessa, e la frase di Gaio, e dovette limitarsi a diminuirne comunque il significato e l'importanza.

Il Bonfante[2]) riesaminò il problema, e agitato dagli stessi dubbi, che insistenti s'incalzano nella dimostrazione circospetta, pure dovette riconoscere in deffinitivo che 'i presupposti generalissimi della quasi possessio corrispondono a quelli della possessio'. Nel tumulto dei dubbi, questa proposizione viene a sommo.

Ma quel che non poterono il sapere e la critica ponderata, anche la più acuta del Perozzi, osò ora un giovane scrittore[3]), il quale dichiara la 'quasi possessio' invenzione di Giustiniano, e quindi bastarde tanto la nota di Giavoleno, quanto la frase 'aut quasi possessione' in Gaio. L'A credette[4]) di potere oltrepassare così il punto a cui il Perozzi era arrivato. Io devo qui limitarmi a rivedere il fondamento di queste affermazioni.

Secondo l'A. Giavoleno doveva essere d'accordo con Labeone, e dovette nella nota esprimere il suo consentimento con le parole: quod ego puto. Ma l'A. afferma tutto questo senza rivolgere uno sguardo alla quistione che si agita nel testo; cioè se il venditore di un diritto di servitù è tenuto, direttamente, in forza della causa venditionis, ove egli rechi impedimento allo esercizio del diritto medesimo. Labeone esige una cautio speciale; Giavoleno no; perchè 'usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse'.

Così Giavoleno veniva a costruire l'ammissibilità nella specie dell' actio empti ed a dichiarare superflua la cautio richiesta da Labeone. Si tratta, come si vede, di una costruzione nuova e felicissima, in forza della quale si estendeva la comprensione dell' actio empti alla compra di servitù; ottenendosi perciò la garenzia diretta della medesima senza una speciale cauzione. Giuliano segue decisamente questo

l'avversario quando abbia senza contrasto fruito della libertà del fondo. Cfr. Riccobono, Communio N. 33.

[1]) Riv. ital. per le scienze giurid. vol. 23 p. 14, 31. — [2]) Lezioni a. 1906 p. 196 seg. — [3]) Albertario, La protezione pretoria delle servitù romane, in Filangieri a. 1912. — [4]) L. c. p. 6.

indirizzo, che peraltro corrisponde allo ampliamento che con vigore e fortuna egli portò nell' ambito dell' actio empti. Rispetto all' argomento in esame va notato il

Fr. 16 D. VIII, 5. Iul. l. VII Digest: Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione [*quadam vel exceptione tuendus sim.*] respondi: [*utroque auxilio me usurum*].

I due elementi della tradizione sono vivi in questo testo: te sciente — immissum habeam. Nè vi può essere rappresentazione più plastica e vigorosa per aprire la via alla risposta affermativa. Ma è vero pure che il testo fu ritoccato dai compilatori[1]), al fine di concentrarlo, eliminandovi la dottrina contraria a noi nota, che doveva essere riferita, e forse con ampiezza, da Giuliano. Nella sostanza però è inattaccabile.

Giuliano ha ardimenti ben più gravi, audacissimi; e nella actio empti in modo particolare, come ho notato or ora; in cui arrivò pure a fingere in dati casi la tradizione, [una ficta traditio genuina, questa volta!][2]) per affermare la piena ed assoluta efficacia delle azioni empti et venditi, anche quando per il perimento dell' oggetto, il negozio appare come disfatto.

Cosi in fr. 5 § 2 D. 18, 5. Iulianus. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare [*nisi iusta conventio intervenerit*], actiones ex empto et vendito manebunt.

Nessun giurista adoperò le frasi 'non secus ac' 'perinde ac' così di frequente come Giuliano, perchè nessuno mai più di Giuliano si avvalse dell' analogia, di questo potente strumento del pensiero scientifico, per trovare la sua via tra le difficoltà più ardue. Quella che i Latini dissero 'similitudo'

[1]) La frase 'utroque auxilio' non può essere di Giuliano, e poi 'actione *quadam? tuendus sim?*' Invece nel testo puro si insiste, non certo invano, sulla compra: a te emero..... ex causa emptionis. La spiegazione più sobria è secondo me quella qui indicata. — [2]) Certamente, perchè essa serve non a creare un fatto, che non si ottiene per potenza di logica, ma solo a considerare come avvenuto un fatto per trarne delle conseguenze giuridiche; il che è tutt' altra cosa.

Perozzi[1]), che investì l'idea fondamentale della quasi possessio, tuttavia rispettò la nota di Giavoleno nella parte che qui interessa, e la frase di Gaio, e dovette limitarsi a diminuirne comunque il significato e l'importanza.

Il Bonfante[2]) riesaminò il problema, e agitato dagli stessi dubbi, che insistenti s'incalzano nella dimostrazione circospetta, pure dovette riconoscere in deffinitivo che 'i presupposti generalissimi della quasi possessio corrispondono a quelli della possessio'. Nel tumulto dei dubbi, questa proposizione viene a sommo.

Ma quel che non poterono il sapere e la critica ponderata, anche la più acuta del Perozzi, osò ora un giovane scrittore[3]), il quale dichiara la 'quasi possessio' invenzione di Giustiniano, e quindi bastarde tanto la nota di Giavoleno, quanto la frase 'aut quasi possessione' in Gaio. L'A credette[4]) di potere oltrepassare così il punto a cui il Perozzi era arrivato. Io devo qui limitarmi a rivedere il fondamento di queste affermazioni.

Secondo l'A. Giavoleno doveva essere d'accordo con Labeone, e dovette nella nota esprimere il suo consentimento con le parole: quod ego puto. Ma l'A. afferma tutto questo senza rivolgere uno sguardo alla quistione che si agita nel testo; cioè se il venditore di un diritto di servitù è tenuto, direttamente, in forza della causa venditionis, ove egli rechi impedimento allo esercizio del diritto medesimo. Labeone esige una cautio speciale; Giavoleno no; perchè 'usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse'.

Così Giavoleno veniva a costruire l'ammissibilità nella specie dell' actio empti ed a dichiarare superflua la cautio richiesta da Labeone. Si tratta, come si vede, di una costruzione nuova e felicissima, in forza della quale si estendeva la comprensione dell' actio empti alla compra di servitù; ottenendosi perciò la garenzia diretta della medesima senza una speciale cauzione. Giuliano segue decisamente questo

---

l'avversario quando abbia senza contrasto fruito della libertà del fondo. Cfr. Riccobono, Communio N. 33.

[1]) Riv. ital. per le scienze giurid. vol. 23 p. 14, 31. — [2]) Lezioni a. 1906 p. 196 seg. — [3]) Albertario, La protezione pretoria delle servitù romane, in Filangieri a. 1912. — [4]) L. c. p. 6.



indirizzo, che peraltro corrisponde allo ampliamento che con vigore e fortuna egli portò nell' ambito dell' actio empti. Rispetto all' argomento in esame va notato il

Fr. 16 D. VIII, 5. Iul. l. VII Digest: Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione [*quadam vel exceptione tuendus sim.*] respondi: [*utroque auxilio me usurum*].

I due elementi della tradizione sono vivi in questo testo: te sciente — immissum habeam. Nè vi può essere rappresentazione più plastica e vigorosa per aprire la via alla risposta affermativa. Ma è vero pure che il testo fu ritoccato dai compilatori[1]), al fine di concentrarlo, eliminandovi la dottrina contraria a noi nota, che doveva essere riferita, e forse con ampiezza, da Giuliano. Nella sostanza però è inattaccabile.

Giuliano ha ardimenti ben più gravi, audacissimi; e nella actio empti in modo particolare, come ho notato or ora; in cui arrivò pure a fingere in dati casi la tradizione, [una ficta traditio genuina, questa volta!][2]) per affermare la piena ed assoluta efficacia delle azioni empti et venditi, anche quando per il perimento dell' oggetto, il negozio appare come disfatto.

Cosi in fr. 5 § 2 D. 18, 5. Iulianus. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare [*nisi iusta conventio intervenerit*], actiones ex empto et vendito manebunt.

Nessun giurista adoperò le frasi 'non secus ac' 'perinde ac' così di frequente come Giuliano, perchè nessuno mai più di Giuliano si avvalse dell' analogia, di questo potente strumento del pensiero scientifico, per trovare la sua via tra le difficoltà più ardue. Quella che i Latini dissero 'similitudo'

---

[1]) La frase 'utroque auxilio' non può essere di Giuliano, e poi 'actione *quadam? tuendus sim?*' Invece nel testo puro si insiste, non certo invano, sulla compra: a te emero ..... ex causa emptionis. La spiegazione più sobria è secondo me quella qui indicata. — [2]) Certamente, perchè essa serve non a creare un fatto, che non si ottiene per potenza di logica, ma solo a considerare come avvenuto un fatto per trarne delle conseguenze giuridiche; il che è tutt' altra cosa.

'proportio' 'comparatio' è nella realtà delle cose; è nel processo stesso dei fatti della vita e degli atti degli uomini; onde il grande giurista, che ha la visione più ampia della realtà e lo spirito libero, sa coglierla e rappresentarla vivamente, per giungere a quel segno che crede dì vantaggio.

Ritornando alla analogia figurata da Giavoleno, che essa fosse nuova nella giurisprudenza lo prova il

Fr. 3 § 2. D. 19, 1. Pomp. IX ad Sab. Si iter actum viam aquae ductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar.

Qui è Sabino certamente che figura seguace di quel principio che aveva enunciato Labeone, che era quindi tradizionale. E perciò è certo che la nota di Giavoleno era avversativa; e che era esattamente di quel tenore come è a noi pervenuta: ego puto usum eius iuris pro traditione accipiendum esse.

Ciò è posto fuori dubbio, ancora, da una osservazione formale, che viene a ribadire il risultato che abbiamo raggiunto con argomenti di sostanza. Il verbo 'puto' è adoperato dai giuristi, sempre, in materie controverse, ovvero nel proporre nuove opinioni o costruzioni: così esige la logica più elementare. E cosi è usato nel nostro caso, correttamente. Or riducendo la nota in forma adesiva, come vuol fare l'A. 'quod ego puto', le idee e le conoscenze che abbiamo si disordinano, e le parole si svalorano; dacchè, se la sentenza di Labeone era ferma ed incontroversa, [già secondo l'A. dovrebbe dirsi anche incontrovertibile!] perciò stesso non è possibile che Giavoleno vi avesse consentito solo con una espressione di opinamento. Pensarlo è assurdo.

In deffinitivo dunque, restiamo al punto in cui eravamo prima; ma ora, forse, con più agio di prima e più fermi.

La nota di Giavoleno è certamente classica; essa sta a paro con la frase di Gaio e la corrobora. Il giovane scrittore nella furia della caccia alle interpolazioni, ha tentato di abbattere l'una e l'altra, *manu militari*; ma ha affrontato il tema senza nuovi elementi, senza ponderazione, anzi ma-

nomettendo quelli più evidenti.[1]) E così ha dato uno spettacolo gladiatorio, proprio di quelli che discreditano i nuovi metodi d'indagine ed offrono agli spiriti quieti ed immobili l'ubi consistam.

VII.

Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem.

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Heidelberg.

Daß actio und obligatio unter Umständen perpetuiert werden, ist ein Schlagwort der Pandektenwissenschaft.

Es findet sich in den Pandekten in mehrfacher Bedeutung, ist aber nicht der einzige Anwendungsfall des Wortes perpetuare, vielmehr hat dieses auch von der Verewigung der Strafe, allerdings nur in einem Fragment, Ulpian (D. 49, 19, D. 7, s. unter II.).

Perpetuare kommt (nach gütiger Mitteilung des Herrn Rechnungsrats Neynhaber in Berlin) in folgenden Stellen vor:

I. Perpetuation der actio temporalis durch Litis contestatio:

1. Paulus D. 27, 7, 8, 1: Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere quale defunctus suscepit.

hoc eo pertinet ut non excusetur heres si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse; nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis[2]) propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tulelae actione.

sed constitutio-

---

[1]) Contro ora anche Collinet, Mélang., Girard I p. 189; Rabel, Mélang. cit. II, 398. Peters, ZSS. 33 p. 597. — [2]) Ex deposito Paul.?

'proportio' 'comparatio' è nella realtà delle cose; è nel processo stesso dei fatti della vita e degli atti degli uomini; onde il grande giurista, che ha la visione più ampia della realtà e lo spirito libero, sa coglierla e rappresentarla vivamente, per giungere a quel segno che crede dì vantaggio.

Ritornando alla analogia figurata da Giavoleno, che essa fosse nuova nella giurisprudenza lo prova il

Fr. 3 § 2. D. 19, 1. Pomp. IX ad Sab. Si iter actum viam aquae ductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar.

Qui è Sabino certamente che figura seguace di quel principio che aveva enunciato Labeone, che era quindi tradizionale. E perciò è certo che la nota di Giavoleno era avversativa; e che era esattamente di quel tenore come è a noi pervenuta: ego puto usum eius iuris pro traditione accipiendum esse.

Ciò è posto fuori dubbio, ancora, da una osservazione formale, che viene a ribadire il risultato che abbiamo raggiunto con argomenti di sostanza. Il verbo 'puto' è adoperato dai giuristi, sempre, in materie controverse, ovvero nel proporre nuove opinioni o costruzioni: così esige la logica più elementare. E cosi è usato nel nostro caso, correttamente. Or riducendo la nota in forma adesiva, come vuol fare l'A. 'quod ego puto', le idee e le conoscenze che abbiamo si disordinano, e le parole si svalorano; dacchè, se la sentenza di Labeone era ferma ed incontroversa, [già secondo l'A. dovrebbe dirsi anche incontrovertibile!] perciò stesso non è possibile che Giavoleno vi avesse consentito solo con una espressione di opinamento. Pensarlo è assurdo.

In deffinitivo dunque, restiamo al punto in cui eravamo prima; ma ora, forse, con più agio di prima e più fermi.

La nota di Giavoleno è certamente classica; essa sta a paro con la frase di Gaio e la corrobora. Il giovane scrittore nella furia della caccia alle interpolazioni, ha tentato di abbattere l'una e l'altra, *manu militari*; ma ha affrontato il tema senza nuovi elementi, senza ponderazione, anzi ma-

nomettendo quelli più evidenti.[1]) E così ha dato uno spettacolo gladiatorio, proprio di quelli che discreditano i nuovi metodi d'indagine ed offrono agli spiriti quieti ed immobili l'ubi consistam.

VII.

Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem.

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Heidelberg.

Daß actio und obligatio unter Umständen perpetuiert werden, ist ein Schlagwort der Pandektenwissenschaft.

Es findet sich in den Pandekten in mehrfacher Bedeutung, ist aber nicht der einzige Anwendungsfall des Wortes perpetuare, vielmehr hat dieses auch von der Verewigung der Strafe, allerdings nur in einem Fragment, Ulpian (D. 49, 19, D. 7, s. unter II.).

Perpetuare kommt (nach gütiger Mitteilung des Herrn Rechnungsrats Neynhaber in Berlin) in folgenden Stellen vor:

I. Perpetuation der actio temporalis durch Litis contestatio:

1. Paulus D. 27, 7, 8, 1: Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere quale defunctus suscepit.

hoc eo pertinet ut non excusetur heres si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse; nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis[2]) propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tulelae actione.

sed constitutio-

---

[1]) Contro ora anche Collinet, Mélang., Girard I p. 189; Rabel, Mélang. cit. II, 398. Peters, ZSS. 33 p. 597. — [2]) Ex deposito Paul.?

nibus subventum est ignorantiae heredum.[1])

hoc tamen tunc observandum est cum post mortum tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit; nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.

Der erste Absatz, das eigentliche Responsum des Paulus, behandelt den Fall, da der Vormund litis contestatio vornimmt und dann stirbt (quale defunctus *suscepit*). —

Die Interpretation im Absatz zwei denkt an das Verfahren in iudicio (si dicat se instrumentatutelaria non invenisse — propter dolum defuncti heres tenetur).

Der dritte Absatz geht über eine bloße Interpretation hinaus; er ergänzt die Entscheidung des Paulus.

Der vierte aber verläßt den Boden des Paulinischen Tatbestandes und gibt eine lehrhafte Anmerkung, die nur mißverständlich mit Paulus' Worten zusammengehalten ist: Paulus sprach von der Zeit nach der litis contestatio, der vierte Absatz (mit observandum) läßt Paulus' Ausführung nur für die Zeit bis zur litis contestatio gelten, sintemal von der litis contestatio an eben perpetuiert (und transmittiert) werde.

Das ist ein Widerspruch (der auch dann nicht erträglicher wird, wenn man etwa Absatz vier nur auf Absatz drei beziehen und nur die Subvention durch Konstitutionen auf den Fall des Todes ante litem constestatam beschränken wollte, was ich übrigens nicht für möglich hielte).

Denn Absatz eins, zwei, drei haben es mit dem id quod venit in iudicium zu tun, nicht, wie Absatz vier, mit der actio selber; auch bei der perpetuierten, oder, für unseren Fall, der transmittierten, muß erwogen werden, ob dem Erben nicht in iudicio Minderungsgründe zur Seite stehen.

Es ist daher Absatz vier kaum von Paulus an diesem Orte angebracht worden; vielleicht ist er wortgetreu, aber

---

[1]) Cf. Gordian C. 5, 53, 4, 1: Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis transferentibus in heredes eius actionem praeses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

nicht ortgetreu, von einem Glossator hier beigeschriebener Paulus.

2. Ulpian (22 ad Salvo); (12, 2, 9, 3): Si is qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum (ut iurem eum dare oportere)[1]) egoque iuravero, tempore non liberatur.

quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

Man ist bei dem temporär Obligierten stets versucht, an den sponsor zu denken, und post litem contestatam cum *sponsore* perpetuatur adversus eum obligatio wäre stilistisch erwünscht, aber sachlich wird auch dadurch nichts gebessert, denn der erste Teil der Stelle hat es mit dem Konventionaleid zu tun, nicht mit dem Zwangseid in iure. Zwar handelt es sich in den Digesten um dare oportere, aber die Stelle ist aus Buch zweiundzwanzig, und Ulpian behandelte den Zwangseid in iure nicht hier, sondern in Buch sechsundzwanzig (Lenel, Edictum § 54; Demelius, Schiedseid S. 23); es kommt also nur der Konventionaleid in Betracht; aber der Zwangseid: in locum litis contestatae succedit (D. 5, 1,

[1]) Glosse? oder, wie dann auch die übrigen dari oportere in § 1. 3. 5. 6 (vgl. Lenel, Ed.[2] S. 146) Trib.? — § 7 u. L. 11 könnte 'rem suam esse' u. 'petitoris non esse' doch bestehen bleiben. L. 11 § 2 paßt vel dari mihi oportere nicht recht zu: si vero usumfructum haberem. Man könnte daran denken, 1. daß hier vel dari mihi oportere, und beim quasi ususfructus se habere eingeschoben, oder 2. daß Vindications- und Damnationslegat nicht reinlich getilgt sind. — Bei dem Edikt selbst (L. 7) möchte ich meine Vermutung, daß 'de qua iusiurandum delatum est', Einschiebsel sei, aufrecht erhalten. (Lenel, Ed.[2] S. 145[9] verhält sich dazu, wenn ich recht verstehe, wohlwollend neutral.) Auch glaube ich, daß eben in L. 7 neque in eum qui iuravit neque in eum qui in locum eius [cui iusiurandum delatum est] succedunt zu lesen. Dagegen dürfte in L. 9 pr.: aut si controversia erit *id est* si ambigitur aut ius iurandum datum sit, exceptioni locus est auf eine weitere Klausel: si controversia erit, .. nach Analogie des damnum infectum (D. 39, 2, 7) deuten. Genau: si controversia erit kommt sonst außerhalb des Ediktes nicht vor, und was die leicht daraus hergestellten: si sit, si fuerit betrifft, so ist Paul. D. 39, 3, 21, 2 Citat aus dem Edikt, Ulp. D. 46, 5, 1, 5 in unmittelbarer Nähe der Ausführungen über damnum infectum, und Ulp. 37, 9, 1, 25 immerhin, wohl wörtlich, aus Servius; ist: si controversia erit, von Ulpian, so ist: id est si ambigitur.. Glosse.

28, 2, Demelius S. 56). Es ist daher auch hier die Begründung, daß nach der Litiscontestation die Obligation gegen ihn perpetuiert wird (abgesehen davon, daß lite contestata besser wäre), nicht schlüssig, denn es handelt sich um die Folgen des Eides, nicht um die der Litiscontestation.

Der Satz mit perpetuare paßt daher auch hier nicht zum Vorhergehenden.

Dahingegen ist das Wort perpetuare dem Codex Justinianus nicht fremd: In Erwartung des Index von R. v. Mayr zum Codex Iustinianus begnüge ich mich damit, die beiden Stellen aus Seckel-Heumann anzuführen, beide von Iustinian:

C. I. 1, 20, 2 (a. 529): Temporales actiones quae per oblationem precum et ad eas rescriptiones perpetuantur, definire necessarium esse duximus, ne quis putet, ad alias etiam quae certis taxantur temporibus hoc pertinere. Sciant igitur omnes eas tantummodo per oblationem precum et ad eas rescripta perpetuari quae a praetore constitutae annali tempore coartatae sunt.

Ebenso, aber in anderem Sinne:

C. I. 7, 63, 5, 3 (a. 529): Si tamen in sacro nostro consistorio lis exordium ceperit, etsi non fuerit in eodem die completa, tamen perpetuari eam concedimus.

Immerhin kennt auch Iustinian das perpetuari der actio und der lis, und die beiden Pandektenstellen der Spätklassiker passen nicht in den Zusammenhang.

Auf der anderen Seite hat aber Paulus vat. 112: Paulus respondit, mulieris nomine postulatum videri [et per quemcumque po]sse actionem rei uxoriae perpetuari.

Es liegt mithin nach dem äußeren Befunde der Fall vor, daß ein dem Paulus für die Klagenverlängerung bekanntes, dem Kaiser Justinian vertrautes Wort einmal bei Ulpian, einmal bei Paulus eingesetzt zu sein scheint, bei beiden wahrscheinlich aus anderen Stellen der Klassiker, — vielleicht nach Glossen, — ein Verfahren, das in den Institutionen häufig, im Kodex J. nicht selten ist, und im Kodex J. durch den Theodosianus beweisbar.

II. Verewigung der Strafe, will sagen, Verwandlung in eine lebenslängliche, kommt an einer Stelle von Ulpian 'libro nono de officio proconsulis' D. 48, 19, 8, 7 vor, da aber gleich

dreimal, worunter einmal, nach Mommsen gloss. . . . et si in decem annos damnatus sit, aut perpetuari ei debet poena aut in opus metalli transmitti[1]) plane si decennio damnatus fuit et initio statim fugit videndum est utrum duplicari ei tempora debeant an vero perpetuari vel transferri in opus metalli: et magis est ut transferatur aut perpetuetur. generaliter enim dicitur quotiens decennium excessura est duplicatio, non esse tempore poenam artandam. Es hat sein bedenkliches, 'perpetuari vel' und 'aut perpetuetur' auch noch zu streichen; zumal an eine Tilgung von 'vel transferri in opus metalli' und 'transferatur aut' gedacht werden könnte; ich will in diese Mysterien nicht einzudringen versuchen, und begnüge mich mit der Feststellung, daß auch hier nur der Spätklassiker Ulpian in Frage steht.

III. Verewigung der Obligation durch culpa: Paulus libro XXII quaestionum D. 46, 1, 58, 1: Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecerit in Sticho solvendo et is decessit.

Paulus libro XVII ad Plautium D. 45, 1, 91, 3—6: § 3 Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit; et quidem si effecerit promissor[2]) quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit tantum, haesitatur *etc.* §§ 4, 5. (In dieser Lex im ganzen sechsmal perpetuare, abwechselnd mit producere). — Dies ist der Bestand von perpetuare, auf Grund des Index Digestorum in Berlin: Nur Paulus und Ulpian; für die Verwandlung zeitlich beschränkter Klagen zwei Stellen, je eine allgemeine Begründung enthaltend, und beide nicht an den Platz gehörend, — und eine spezielle Paulusstelle; für die poena eine Ulpianstelle; für die obligatio zwei Paulusstellen: und da sollen wir glauben, daß in der einen Obligationsstelle Paulus die constitutio veterum wörtlich zitierte, daß also auch diese constitutio den Ausdruck hatte, der danach durch die Jahrhunderte ging, aber an den Klassi-

[1]) Cf. transmitti *glossa Mo.* — [2]) NB. 'promissor', nicht wie oben 'debitor'.

kern, soweit sie Justinian überliefert hat, vorbeiging! den erst Papinians Schüler überhaupt wieder aufgriffen, Ulpian für andere Dinge, Paulus auch im Sinne und mit den Worten der constitutio veterum!

Man vergleiche, wie eine constitutio veterum wie nemo sibi ipsi causam[1]), die Catoniana[2]), zitiert wird als etwas Altbekanntes, und hier sollten alle Klassiker sich sozusagen darum gedrückt haben, den Wortlaut gelten zu lassen!

Auch am Schluß von Paulus libro XXXVII ad edictum D. 22, 1, 24, 2 hinkt: item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem merkwürdig nach; wie Siber (Z. S.-St. 29, S. 672) auf der Grundlage von Lenel (Paul. 549) ausführt, handelte die Stelle von der Actio rei uxoriae; Siber nimmt als wahrscheinlich an, daß vorn statt creditori vielmehr uxori bei Paulus stand, und will danach auch den Schlußsatz auf die actio rei uxoriae adaptieren; im ersten Punkt stimme ich bei, für den zweiten möchte ich auf die Möglichkeit hinweisen, daß der Schlußsatz auch hier von anderswoher beigeholt sein kann, denn der Veränderungen sind bei Sibers Annahme viele und schwere; der Satz wäre mit seinem item ein schönes Glossem, — das ja beigeschriebene Parallelstelle sein kann.

Es ist also meine erste These, daß 'perpetuari obligationem' in D. 45, 1, 91, 3 keineswegs eine wörtliche Wiedergabe des Spruches der veteres ist, sondern eine Verwandlung der alten Regel in Paulinisches Latein, eine Umschreibung der constitutio veterum enthält.

Nimmt man aber dies an, so ist auch das nicht wahrscheinlich, daß 'quotiens culpa intercessit debitoris' von den veteres stammt.

Zunächst culpa intervenit: es findet sich bei den Klassikern von Gaius abwärts einige Mal, und wird in diesem Vorkommen von mir nicht beanstandet; aber als standard word, als Schlagwort der veteres ist es nicht akkreditiert; so wird denn bei uns der Satz wohl als 'culpa perpetuatur obligatio' geformt, hübscher, aber nicht wörtlich nach Paulus.

[1]) D. 41, 2, 3, 19 (Paul. ad ed.). — [2]) Tit. ad reg. Cat. 19, 1 (Marcell.).



Hält aber diese Formulierung nicht Stand, so ist nicht abzusehen, warum Paulus nicht auch in Beziehung auf culpa der Constitutio veterum eine Neuformung sollte haben angedeihen lassen, es ist vielmehr durchaus discutabel, daß culpa in Wahrheit garnicht als Voraussetzung der veteres für das was Paulus das perpetuiert werden der obligatio nennt, erschien.

Es sind außerordentlich gezwungene Erwägungen über den Begriff der culpa, durch die Pernice[1]) die Paroemie wortwörtlich zu rechtfertigen unternimmt, und schon Kniep[2]) hat es festgestellt: 'der Ausdruck culpa dient nämlich nur ein einziges Mal zur Bezeichnung der Mahnung, und zwar gerade in der Einführungskonstitution'.[3]) Man erwäge nun einmal die Unwahrscheinlichkeit dieser Überlieferung: Die veteres konstituieren, daß culpa perpetuatur obligatio auch bei der mora, und dies wird nie wieder erwähnt, als nur bei Paulus dem Spätklassiker, da doch Alles voll ist von Fällen und Ordnungen der mora. So müssen die übrigen Stellen in den Hintergrund geschoben werden, da sie doch nicht fortzulassen sind, vor allem: Pomponius libro 22 ad Sabinus D. 12, 1, 5: Quod te mihi dare oportet si id postea perierit quam per te factum erit quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere.

Pernice hebt hervor, wie altertümlich der erste Satz; m. E. muß sogar behauptet werden, daß er mindestens dem Sabinus angehört. Zufällig enthalten von den wenigen Originalfragmenten, die wir von Sabinus haben, zwei das ähnliche aufnehmende is id (Lenel, Sabinus 10. 14 cf. 196) und auch sonst ist der Satz markig; er enthält einen Ausdruck: per te factum .. quominus mihi dares, der dem des Paulus in L. 91 § 3 für den ersten culpa-Fall gewählten (dem Fall: effeceris quo minus solvere possit) sehr ähnelt. Dieser Sabinische (oder wenn man vorsichtiger sein soll:

---

[1]) Labeo II², 2 S. 23 S. 109. — [2]) Mora I S. 329. — [3]) Kniep erklärt dies mit einer Umwandlung des Begriffes mora selber, da er für die mora der Klassiker das Erfordernis der culpa leugnet.

Sabinianische) Ausdruck deckt hier nur den Fall der mora, nicht den der 'Vertragsculpa' wie Kniep in Vorahnung der 'positiven Vertragsverletzungen' die schuldhafte Tötung des lebenden Obligationsobjektes nennt, aber er ist, wie L. 91 § 3 de V. O. lehrt, ohne weiteres auch auf den zweiten Teil anwendbar: man könnte in dem efficere quo minus solvere possit eine Steigerung des einfachen facere quo minus det erblicken; jedenfalls bietet per te factum est quominus eine Zusammenfassung beider Fälle, in denen Paulus das perpetuari als Rechtsfolge vorhanden erklärt, und sie liefert diesen Erfolg präziser als die von Pernice der Ineleganz mit Recht[1]) geziehene Formel von der culpa.

Per te stat, quominus (ut) ist ein Lieblingsausdruck des Ediktes im erweiterten Sinne[2]); in den Formaln ist der Gedankenzusammenhang etwa der: wenn du „daran schuld" bist, daß es so gekommen ist, so hast du es dir selber zuzuschreiben und darfst dich an keinen andern halten. Die Stellen[3]) im prätorischen Edikt selbst sind:

1. Actio de pecunia constituta; neque per Aum Aum [Dig.: actorem] stetit quominus fieret[4])

Ao hypothecaria: neque per te [Dig.: creditorem] stetit quominus solvatur[5]).

Interd. de migrando: aut per te stat, quominus solvatur[6]).

2. Missio legatorum servandorum causa: per [Dig.: 'legatarium'] non stare quominus caveatur.[7])

Interd. quod legatorum: si per illum [Dig.: bon. poss.] non stat, ut satis detur.[8])

Interd. de ripa munienda: aut per illum non stat, quominus b. v. a. [caveatur vel] satis detur.[9])

Interd. de op. novi nunt: aut per te stat, quominus satis detur.[10])

3. Interdict. de arboribus caedendis[11]): arbor .... 1. si per te stat quominus eam adimas, 2. si per te stat, quominus pedes XV a terra altius eam coërceas.

---

[1]) S. 132. Weil die culpa im einen Fall causa efficiens, im anderen nur condicio sine qua non für den Schaden. — [2]) Pernice, Labeo II[2], 2 S. 25. 26. — [3]) Zumeist noch Pernice S. 25 Anm. 3. — [4]) Lenel, Ed.[2] D. 244. — [5]) Ebend. S. 474. — [6]) S. 470. — [7]) S. 357. — [8]) S. 436. — [9]) S. 455. — [10]) S. 466. — [11]) S. 467.

Die Gruppierung, die ich gewählt habe, ist folgende:

Drei Fälle, in denen die Klage sich darauf stützt, daß die Schuld, auf die hin konstituiert, verpfändet, perkludiert wird, nicht durch Zahlung oder sonstige Befriedigung erloschen ist; in allen drei Fällen muß der Gläubiger es sich gefallen lassen, daß er auch dann abgewiesen wird, wenn es an ihm liegt, daß Zahlung nicht erfolgt ist. Hier ist also der richtige Gläubigerverzug mit vollem Wortlaut genannt.

Vier Fälle, wo der Verzug des Berechtigten sich auf die Nichtannahme der den Schuldner vorläufig entlastenden Kaution bezieht.

Zwei Fälle, wo ein Vorrecht des Beklagten, nämlich ein Vorwegnahmerecht in Frage kommt und auf den Kläger übergeht, ähnlich dem Wahlrecht bei Wahlschulden.

Die drei Fälle der ersten Gruppe gleichen einander vollkommen; von den vier Fällen der zweiten Gruppe gehören die missio und das Interdictum quod legatorum augenscheinlich zusammen: eine genauere Darlegung führt dahin, daß die Duplizität auch in anderen Fällen verhüllt vorliegt: der Legatar kann vom Erben in dem zugrundeliegenden Falle gerade eben Kaution verlangen, und wenn der sie nicht leistet, so ist er, da ja eben gerade nur Kaution verlangt werden kann, vorläufig genau so in Schuldnerverzug wie ein Gebe-Schuldner, der nicht gibt. Infolgedessen kommt der Legatar, der nicht Kaution annehmen will, ebenso in Gläubigerverzug, wie der Pfandgläubiger, der nicht Zahlung annimmt. Es liegt also hier ein veritabler Gläubigerverzug, aber Verzug in der Annahme des vorläufigen Schuldgegenstandes, vor. Purgiert der Gläubiger-Legatar sein Zögern, indem er die Kaution nachträglich annehmen will, und weigert jetzt der Erbe die Kautionsstellung, so kann nach Celsinischen Grundsätzen[1]) der Legatar nachträglich missio verlangen, sowie der Gläubiger, der nachträglich die erste abgelehnte Zahlung annehmen will, wenn sie nun ausbleibt, sich in den Besitz der Pfandsache hineinklagt. Sowie aber der Pfandgläubiger definitiv die Pfandsache herausgeben muß, sobald Zahlung erfolgt ist, so muß der Legatar, dessen vorläufiges

[1]) D. 45, 1, 91, 3.

Recht nur auf Kaution geht, aus dem Besitze weichen, sobald der Erbe seinerseits die ursprünglich verweigerte, vielleicht im Ärger über eine erstmals zu Unrecht abgelehnte Kaution schließlich doch noch leistet. Herausgeben muß er sie auf das Interdictum quod legatorum, und deswegen bieten die missio und das Interdikt sich wechselzeitig den Gegenhalt. Die missio bringt den Legatar in die Erbmasse hinein, wofern ihm der Erbe nicht kaviert, — und es nicht etwa am Legatar liegt, daß er ihm nicht kaviert. Das Interdiktum setzt ihn aus den Stücken der Erbmasse heraus, falls der Erbe ihm satisdatio leistet oder es nicht am Erben liegt, daß er sie ihm nicht leistet. Kaviert der Erbe nicht (und liegts nicht an ihm, nämlich dem Legatar, daß nicht kaviert wird), so kommt der Legatar in Sicherungsmitbesitz: kaviert der Erbe hinterher (oder liegts nicht an ihm, daß nicht kaviert wird), so muß der Legatar wieder heraus; näher, er muß aus den Sachen heraus, für die der Erbe Sicherheit stellt, so daß der nächstliegende Vergleich der mit dem Interdictum de migrando und unserem Vermieterpfandrecht ist. Beide Male ist die Frage nicht, ob der Legatar daran schuld ist, sondern ob der bonorum possessor daran nicht schuld ist; denn neutrale Hindernisse sollen, wie ausdrücklich hervorgehoben, hier dem Kautionsberechtigten schaden.[1]) Im Hintergrunde steht die definitive Klage des Erben auf Herausgabe für den Fall, daß das Legat sich erledigt, ebenso wie das Pigneraticium rectum auf Herausgabe gegen den Pfandgläubiger.

Bei der operis novi nuntiatio ist nun im wesentlichen dasselbe Verhältnis zwischen den beiden Nuntiationsinterdikten, nur daß es hier durch die uns nicht durchsichtige remissio verhüllt und die ganze Kautionsfrage dadurch bei dem einen Interdikt in die Interpretation gedrängt ist: nur das zweite Interdikt: deinde ait praetor (l. 20 § 9) sagt: si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit aut per te stat, quominus satisdetur, und belehrt uns so, daß die hemmende Wirkung einer geschehenen Nuntiation durch satisdatio aufgehoben wird, sowie die einweisende Wirkung einer

---

[1]) D. 36, 4, 1, 1.

missio beseitigt wird durch satisdatio von Seiten des heres. Aber in Wirklichkeit ist schon vor dem Erlaß dieses Interdiktes die restitutorische Wirkung, also die Schlagkraft der nuntiatio, bedingt durch die negative Voraussetzung, daß nicht etwa der Nuntiat Sicherheit stellt: zeitlich wirkt das Restitutionsinterdikt (l. 20 § 1) nur für die Epoche, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet. Daß aber die satisdatio eben durch jenes in causa esse getroffen war, sagen uns sowohl l. 20 § 1 und 2 cit. als l. un. § 2 in fine de remissionibus: so sagt denn auch l. 20 § 5: si quis paratus fuerit satisdare, deinde actor stipulari nolit, in ea causa est, ut remitti debeat: nam cum per actorem fiet, apparet in ea causa esse, ut remitti debeat. Durch diese Interpretation sind also die beiden Interdikte in die Beziehung zueinander gebracht worden, daß der Nuntiant schon von vornherein sein Restitutionsinterdikt lahmgelegt sieht, wofern der Nuntiat Sicherheit stellt und wiederum der Nuntiat aggressiv ein prohibitorisches Interdikt anstellen kann, wenn er Sicherheit gestellt hat. Man wird schwerlich fehlgehen mit der Vermutung, daß diese Ineleganz erst durch spätere Auslegung des Interdictum restitutorium oder durch spätere Einschaltung in dasselbe hervorgerufen ist. Aber die Tatsache bleibt, daß beide Interdikte, sowohl das wider den Nuntianten als das wider den Nuntiaten gerichtete Interdikt, die Nuntiatio halt machen lassen vor einer satisdatio auf Seiten des Nuntiaten und hier nur beifügen: soviel wie die Satisdatio soll es auch wirken, wenns am Berechtigten — dem Nuntianten — liegt, daß satisdatio nicht erfolgt. Es ist also hier dies anders als bei der Missio: Dort genügte es, wenns nicht am Verpflichteten lag, hier wird die Tatsache der satisdatio nur ersetzt dadurch, daß es eben gerade am Berechtigten liegt. Aber jenes eigentümliche Spiel der zwei Rechtssätze auf Grundlage der einen cautio wiederholt sich auch hier.

De ripa munienda liegt nur ein Interdikt vor, prohibitorisch und gegen den Verbreiter (also den Nuntianten, wenn man so will; denn es handelt sich hier auch um opus facere) und auch hier ist Voraussetzung der Prohibition, man könnte sogar Voraussetzung der Verbreitung der Prohibition des

Recht nur auf Kaution geht, aus dem Besitze weichen, sobald der Erbe seinerseits die ursprünglich verweigerte, vielleicht im Ärger über eine erstmals zu Unrecht abgelehnte Kaution schließlich doch noch leistet. Herausgeben muß er sie auf das Interdictum quod legatorum, und deswegen bieten die missio und das Interdikt sich wechselzeitig den Gegenhalt. Die missio bringt den Legatar in die Erbmasse hinein, wofern ihm der Erbe nicht kaviert, — und es nicht etwa am Legatar liegt, daß er ihm nicht kaviert. Das Interdiktum setzt ihn aus den Stücken der Erbmasse heraus, falls der Erbe ihm satisdatio leistet oder es nicht am Erben liegt, daß er sie ihm nicht leistet. Kaviert der Erbe nicht (und liegts nicht an ihm, nämlich dem Legatar, daß nicht kaviert wird), so kommt der Legatar in Sicherungsmitbesitz: kaviert der Erbe hinterher (oder liegts nicht an ihm, daß nicht kaviert wird), so muß der Legatar wieder heraus; näher, er muß aus den Sachen heraus, für die der Erbe Sicherheit stellt, so daß der nächstliegende Vergleich der mit dem Interdictum de migrando und unserem Vermieterpfandrecht ist. Beide Male ist die Frage nicht, ob der Legatar daran schuld ist, sondern ob der bonorum possessor daran nicht schuld ist; denn neutrale Hindernisse sollen, wie ausdrücklich hervorgehoben, hier dem Kautionsberechtigten schaden.[1]) Im Hintergrunde steht die definitive Klage des Erben auf Herausgabe für den Fall, daß das Legat sich erledigt, ebenso wie das Pigneraticium rectum auf Herausgabe gegen den Pfandgläubiger.

Bei der operis novi nuntiatio ist nun im wesentlichen dasselbe Verhältnis zwischen den beiden Nuntiationsinterdikten, nur daß es hier durch die uns nicht durchsichtige remissio verhüllt und die ganze Kautionsfrage dadurch bei dem einen Interdikt in die Interpretation gedrängt ist: nur das zweite Interdikt: deinde ait praetor (l. 20 § 9) sagt: si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit aut per te stat, quominus satisdetur, und belehrt uns so, daß die hemmende Wirkung einer geschehenen Nuntiation durch satisdatio aufgehoben wird, sowie die einweisende Wirkung einer

[1]) D. 36, 4, 1, 1.

missio beseitigt wird durch satisdatio von Seiten des heres. Aber in Wirklichkeit ist schon vor dem Erlaß dieses Interdiktes die restitutorische Wirkung, also die Schlagkraft der nuntiatio, bedingt durch die negative Voraussetzung, daß nicht etwa der Nuntiat Sicherheit stellt: zeitlich wirkt das Restitutionsinterdikt (l. 20 § 1) nur für die Epoche, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet. Daß aber die satisdatio eben durch jenes in causa esse getroffen war, sagen uns sowohl l. 20 § 1 und 2 cit. als l. un. § 2 in fine de remissionibus: so sagt denn auch l. 20 § 5: si quis paratus fuerit satisdare, deinde actor stipulari nolit, in ea causa est, ut remitti debeat: nam cum per actorem fiet, apparet in ea causa esse, ut remitti debeat. Durch diese Interpretation sind also die beiden Interdikte in die Beziehung zueinander gebracht worden, daß der Nuntiant schon von vornherein sein Restitutionsinterdikt lahmgelegt sieht, wofern der Nuntiat Sicherheit stellt und wiederum der Nuntiat aggressiv ein prohibitorisches Interdikt anstellen kann, wenn er Sicherheit gestellt hat. Man wird schwerlich fehlgehen mit der Vermutung, daß diese Ineleganz erst durch spätere Auslegung des Interdictum restitutorium oder durch spätere Einschaltung in dasselbe hervorgerufen ist. Aber die Tatsache bleibt, daß beide Interdikte, sowohl das wider den Nuntianten als das wider den Nuntiaten gerichtete Interdikt, die Nuntiatio halt machen lassen vor einer satisdatio auf Seiten des Nuntiaten und hier nur beifügen: soviel wie die Satisdatio soll es auch wirken, wenns am Berechtigten — dem Nuntianten — liegt, daß satisdatio nicht erfolgt. Es ist also hier dies anders als bei der Missio: Dort genügte es, wenns nicht am Verpflichteten lag, hier wird die Tatsache der satisdatio nur ersetzt dadurch, daß es eben gerade am Berechtigten liegt. Aber jenes eigentümliche Spiel der zwei Rechtssätze auf Grundlage der einen cautio wiederholt sich auch hier.

De ripa munienda liegt nur ein Interdikt vor, prohibitorisch und gegen den Verbreiter (also den Nuntianten, wenn man so will; denn es handelt sich hier auch um opus facere) und auch hier ist Voraussetzung der Prohibition, man könnte sogar Voraussetzung der Verbreitung der Prohibition des

Werkes, daß der Gegner Sicherheit gestellt hat; aber hier steht nun wieder der Sicherheit nicht der Fall gleich, wo der Sicherheitsberechtigte daran schuld ist, daß Sicherheit fehlt, sondern vielmehr, daß der Sicherheitspflichtige nicht daran schuld ist; es ist also hier sowie bei der missio und dem quod legatorum; und zwar schiebt sich statt der nuntiatio eine cautio damni infecti ein. Es ist also nur ein Interdikt vorhanden und zwar das dem zweiten Nuntiationsinterdikt entsprechendes. Ein dem ersten entsprechende könnte man aus der Klausel über die damni infecti cautio herauskonstruieren, wie denn überhaupt der Tragelaph unde vi l. 1 § 1 uns warnt, die Digesteninterdikte gläubig hinzunehmen.

Alle sieben eben behandelten Ediktsstellen stimmen trotz der Nuance: per te stat, per illum non stat, darin überein, daß sie an eine Art von Gläubigerverzug denken: wenn der Berechtigte daran schuld ist oder wenigstens der Pflichtige nicht daran schuld ist, daß dem Berechtigten nicht Genüge geschieht oder nicht vorläufig Genüge geschieht, so treten die Rechte zurück oder stehen wenigstens still. Es ist die Rede von jener Absorbtion des Rechtes oder wenigstens Verkümmerung des Rechtes, welche die nächste Wirkung des Gläubigerverzuges ist. Reiner tritt sie hervor in den Fällen des per actorem stat, im Falle des per reum non stat klingt eine Saite im Tatbestand an, die an den Schuldverzug mahnt, aber der Wirkung nach bleibts beim Gläubigerverzug:

Anders beim interdictum de arboribus caedendis: Wie schon bemerkt, handelt es sich hier um den Übergang eines Rechtes auf den Gegner, wenn der Nächstberechtigte säumt; ein Selbsthilferecht wird dem Nachbarn gegeben, wenn der Eigentümer den ihm gehörenden Baum willkürlich überhängen läßt und von der ihm gebotenen Gelegenheit, Abhilfe zu schaffen, keinen Gebrauch macht; hier ist es nicht sein Recht, etwa durch Kaution die Ausübung anderer Rechte zu verhindern, sondern sein Zögern gibt dem Gegner ein definitives Zerstörungsrecht. Er ist nicht verpflichtet zur Beseitigung; denn er haftet nicht auf Schadenersatz, aber sein Zaudern schafft dem andern ein Selbsthilferecht, ähnlich dem Rechte, das der Verkäufer hat, den Wein auf die Straße

fließen zu lassen, wenn der Käufer ihn aus den Fässern nicht abholt. Der Pfandkläger und die andern der ersten Gruppe riskieren nur Abweisung; der Erbe nur vorläufige Einweisung: der Nuntiant nur Zurückweisung des Rechtes auf Hinderung, ebenso der Uferanwohner; der Baumeigner riskiert schlankweg, daß man sein Eigentum nicht mehr zu respektieren braucht, sondern von der ihm gehörigen Sache wegschneidet.

So zeigt das Edikt, mannigfach schillernd, aber doch ähnlicher als es auf den ersten Blick scheint, verschiedene Fälle eines Gläubigerverzuges, der in der Regel dadurch gekennzeichnet wird, daß es 'nicht am Kläger liegen darf, wenn nicht', ausnahmsweise allerdings einmal auch so, daß es 'am Beklagten liegen muß, wenn nicht'. Faßt man nun den letzten Fall etwas schärfer ins Auge, bei dem also gesagt wird: Verhalte dich ruhig, wenn Bürgschaft gestellt ist oder per te stat, quominus satisdetur, so ist hier der Beklagte in der Lage, die Bedingung zu verzögern oder zu vereiteln, deren Erfüllung ihn zu einer Duldung verpflichtet. Es trifft also hier, aber auch nur hier, der Satz zu, daß Vereitelung oder Verzögerung der Bedingung durch den, dem die Erfüllung zum Schaden gereicht, der Erfüllung gleichsteht. Wo es nicht am Kläger liegen darf, kann mit diesem Rechtssatz nicht operiert werden, sondern hier liegt eine positiv vorhandene Anwendung des prekären Rechtssatzes vor, daß, wer das Seinige getan zur Erfüllung einer Bedingung, sie erfüllt habe. — Soweit die Formeln. —

Was nun die Aussprüche der älteren Juristen betrifft, so zeigen sie deren Zeit durchaus auf dem Standpunkt, daß per te stat, quominus dem Gläubiger vorgehalten wird, der die ihm angebotene Leistung nicht annimmt[1]): D. 4, 8, 40: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quominus accipiat, non committi poenam; D. 18, 6, 13: si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quominus traderentur (scil. lecti concisi), emptoris periculum esse placet; Labeo D. 19, 1, 15 pr.: si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quominus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset; non enim potest videri mora

---

[1]) Stellen nach Pernice.

per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore. Hier ist sogar ein feiner sprachlicher Unterschied zwischen dem Gläubigerverzug und dem Schuldnerzug, insofern, wo nur der Käufer (und Warengläubiger) in Betracht kommt, per emptorem stetit gesagt ist, während, wo von beiden die Rede ist, von mora est (quo minus) die Rede ist. Man wird daher mit der Möglichkeit rechnen, daß im § 1 deinde per te staret, quominus solveres, das Subjekt zu dixi Iavolenus ist und hoc ita verum puto späterer Einschub. D. 2, 14, 36: si tua causa id inter nos convenisset et per te non staret, quominus traderes: da es tua causa ausgemacht ist, so ist tu im Gläubigerverzug. Ebenso D. 39, 1, 38: si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur..... Sextus Aelius, Drusus dixerunt. D. 18, 1, 50: Labeo scribit: si mihi ita vendideris..... et per me stet quominus id a Campanis impetrem betrifft eine Vorbedingung für den Verkauf, bei welcher der Käufer zögert. Hier faßt Labeo die impetratio als Pflicht des Käufers und geht, indem er praescriptis verbis klagen läßt, über den Gläubigerverzug hinaus. D. 28, 7, 20 pr.: Erfüllung der Bedingung: per se non stare, quominus acceptum faceret. D. 35, 1, 40: nec per te staret quominus agendo ob calumnias eum summoveas gilt als Erfüllung der Bedingung, an deren tatsächlicher Erfüllung man durch den summovendus gehindert wird. Ebenso D. 40, 7, 20, 3 und 35, 1, 8. Hier spricht die Interpretation des testatorischen Willens unzweifelhaft mit, um jenen Satz hervorzubringen, den wir im Edikt bei der operis novi nuntiatio fanden. D. 4, 4, 39: Die Minderjährigen sollen nicht darum ihr Altersbenefiz verloren haben, weil ohne ihre Schuld sich der Prozeß verschleppte: cum per eos non steterit quominus res finem accipiat. D. 4, 6, 26 pr. ähnlich: si per praetorem stetit. D. 19, 2, 19, 9: (Severus u. Caracalla): Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est steht durchaus auf dem Standpunkt, daß der exceptor seinen Lohn verlangen kann, sobald es nicht seine Schuld ist, daß er die Dienste nicht geleistet hat. Es heißt nicht cum per adversarium stetisse proponas, aber trotzdem ist nur vom Gläubigerverzug die Rede und

der Gegner, der keine Verwendung hatte, muß zahlen, wie wenn er angenommen hätte, ebenso Paulus 38 pr. eodem. D. 19, 2, 36: nociturum locatori si per eum steterit quominus opus adprobetur vel admetiatur. Auch hier handelt es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Gefahrübergang, und insofern ist nicht eigentlich Schuldverzug gemeint. D. 30, 94, 2: cum per eum steterit quominus ex testamento haberet quod fidei commissum fuerit. Er hat es verabsäumt, sich in die Situation zu setzen, die ihm günstiger war, nicht etwa hat er es verabsäumt zu leisten, als er leisten sollte. D. 33, 1, 13 pr.: per eum non stet, quominus gerat ..... an fidei commissum praestari (ei) debeat, also Erfüllung der Bedingung. D. 38, 1, 15 pr.: Ulpianus: nec enim potest videri per eum stare, quominus operas praestet: Dies ist richtiger Schuldverzug und er haftet, wenns an ihm liegt, daß er nicht leistet. Ebenso D. 45, 1, 137, 2. — Venuleius D. 40, 7, 3, 16 si .... per heredem steterit quominus [Arethusa] pepererit: Vereitelung der Erfüllung. — Es ist also per eum stat in der älteren Zeit allermeistens und in der späteren immerhin mit Vorliebe auf den Gläubigerverzug und auf diejenigen Fälle zu beziehen, in welchen jemand ein Recht gewinnt, wenn eine Voraussetzung für dessen Entstehen nicht durch seine Schuld oder gar wirklich durch die Schuld des Gegners in Wegfall kommt oder ihre Realisation sich verzögert. Später taucht es auf in Beziehung auf die ausdrücklichen Folgen des Schuldenverzuges.

Dagegen aber haben wir für diesen die altertümliche Stelle aus Sabinus mit factum est; damit vergleiche man Stellen wie per se stat (fit), quominus. Jul. D. 13, 23: Promissor hominis homine mortuo cum per cum staret, quominus traderetur, etsi 'hominem daturum' se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, 'ut pretium eius solvat'.

Afr. D. 7, 1, 36, 2: Usus fructus servi Titio legatum est: cum per heredem staret quominus praestaretur servus mortuus est: aliud dici non posse *ait* quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse. Paul. D. 45, 1, 49 pr.: Cum filius familias Stichum dari spoponderit et, cum per eum staret quominus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio quatenus maneret

filius ex stipulatu obligatus; at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.[1])

§ 3. Si promissor hominis ante diem in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.[2])

Paul. D. 44, 7, 45: Is qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur decesserit, non tenetur; non enim per eum stetisse videtur quominus eum praestaret.

Pomp. D. 46, 3, 92 pr.: Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus antequam per te staret quominus dares a domino manu missus sit, haec manu missio morti similis sit; si autem decessisset, non tenearis.

Pomp. D. 45, 1, 23: Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi quam si per te steterit quominus vivo eo[3]) eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.[4])

Uen. D. 46, 2, 31 pr.: Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo[5]) ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit quominus daret; ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris.

Man versetze sich in die Lage der Schriftsteller, die doch die alte 'constitutio' kennen mußten, z. B. Venulejus in der letztzitierten Stelle; mußte er nicht von culpa und von perpetuari reden, wenn es ein solches Schlagwort gab; um so mehr da seine Ausführungen von ideoque gar sehr wie die Erläuterung eines vorausgehenden Textes aussahen: aber es ist nicht an dem; er bleibt bei teneris.

---

[1]) Hiernach ist D. 22, 1, 32, 5 zu behandeln. — [2]) Die Schlußsätze erinnern an die Wendung: 'neque enim verum est' in den Ediktenkommentaren, die anzeigen, daß etwas nicht mehr die Ediktenworte füllt. — [3]) Vivo eo würde ich als Glossem betrachten. — [4]) Der letzte Satz ist arg doktrinär; er kann Pomponius zum vorhergehenden Sabinus sein; er kann auch Gloss. zum Pomponius darstellen. Siber S. 53. — [5]) 'Nov. an.' *Iust.*



Hierzu kommt die altertümliche Stelle bei Pomponius ad Sabinum D. 12, 1, 5: Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit quam per te factum erit quominus id mihi dares, suum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit non solum ni potestate tua fuerit id nunc aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit necne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

Hier spricht gewiß Sabinus bis constat und er gebraucht den Ausdruck factum erit quominus dares. Dieser Ausdruck ist der technische der Stipulationen, die ein licere ausbedingen: 'per te non fieri quominus mihi ire agere liceat' (L. 49 pr. § 1 de V. O.). In der Besprechung der Stipulation gebraucht der Jurist alsdann: stat. — Die Nuance von der 'iusta causa' wird erst durch Pomponius hineingebracht. Nun ist 'per te non fieri quominus' offenbar für eine Frage viel geeigneter als 'per te non stare'. Es bietet der Auslegung kniffliche Fragen: In illa stipulatione 'per te non fieri' non hoc significatur, nihil te facturum quominus facere possis, sed curaturum ut facere possis. L. 50 pr. de V. O.; vgl. L. 49 § 2 eod.). Es bietet aber auch den Übergang zum dolo facere quominus (L. 50 § 1) und hält sich gleichwohl von diesem getrennt. —

Was will es nun dieser übereinstimmenden Terminologie gegenüber besagen, daß Paulus einmal berichtet, die veteres hätten jene andere Paroemie konstituiert und daß er an einer anderen Stelle das Wort perpetuare vereint mit facto suo vorbringt? M. E. ist die altübliche Ausdrucksweise in den Stipulationen und im juristischen Sprachgebrauch für die mora: factum est und stat per eum, quominus (solvatur).

Gerade dies gibt eine Brücke zur Kontraktskulpa, zum facere (efficere) quominus possis und vielleicht zum Weiterhaften auf dare oportere.

Jene interessante Stelle von Pomponius bietet in dem Teil, der den ersten Satz interpretiert und sicher von Pomponius selber ist, eine Parallele zu der Paulusstelle

(L. 31 pr. D. 41, 1):	(L. 5 D. de R. C.)
numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa	sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate

praecesserit, propter quam traditio sequeretur.	tua fuerit id necne, [aut dolo malo fueris quominus esset vel fuerit nec ne], sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

So verschieden die beiden Anwendungsfälle sind, so ist doch das Formale des Gedankens entsprechend und in die gleichen Worte gekleidet; bei der einen: Tradition allein machts nicht; es muß Verkauf oder ein gerechter Grund vorangehen, um dessentwillen die Tradition folgte; — bei der anderen: obs in seiner Macht stand, das machts nicht, sondern es muß ein gerechter Grund sein, aus dem er wissen muß, daß er geben soll. Nur durch die iusta causa wird das quominus in dem facere quominus hergestellt, das Tun allein genügt nicht. Und so genügt der Realakt der Tradition nicht, es muß die iusta causa vorhergegangen sein. Freilich ist der Unterschied: bei der mora ist es der animus, in welchem das corpus das factum geschieht; bei der traditio geht die iusta causa, wie Paulus ausdrücklich sagt, vorher; aber das ist nur äußerlich: In Wirklichkeit ist ja die iusta causa auch bei der mora nur determinierend für das factum, objektiv liegt sie ja zeitlich zurück. Bei unserer Einigung und Übergabe ist ebenso die Einigung nur der animus für das corpus der Übergabe, aber für die Entwicklung kommt die vorhergehende iusta causa, sei es Kauf, sei es was immer, wesentlich in Betracht; Pomponius hätte ohne Schaden auch seinerseits sagen können: aliqua iusta causa praecesserit; denn objektiv fällt die iusta causa als Tatsache in die Vergangenheit; subjektiv wirkt sie natürlich auf den animus gegenwärtig ein in dem Augenblick, wo das facere quominus sich ereignet.

Mit Pernice[1]) halte ich mich an die Tatsache, daß die Juristen von culpa bei der mora nicht reden, sondern von stare quo minus. Aber weil dieser Ausdruck, im Edikt mit Vorliebe für Gläubigerverzug gebraucht, und später auf den Schuldnerverzug übertragen, offenbar den Juristen mundrecht

[1]) S. 134.



ist, schließe ich, daß auch die veteres nicht von culpa sprachen, sondern vom facere und stare quo minus, und daß die constitutio durch Paulus in einer freien Umgestaltung wiedergegeben ist. Ist aber dies, so gewinnt die Entwicklung der mora einen mehr von der culpa freien Lauf, als der ist, den E. Heymann[1]) jüngst gezeichnet hat: durch seine Ausführungen sind meine Bemerkungen veranlaßt.

Bleibt man aber bei dem stare und facere quo minus stehen, so ergibt sich rein sprachlich jene Analogie mit der Litiscontestatio, welche Kniep[2]) für die Folgen der mora in Anspruch nahm. Von der Litiscontestatio sagt Paulus D. 10, 4, 12, 4: Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo [et culpa] possessoris, tamen [interdum] tanti damnandus est quanti actoris interfuiit per eum non effectum quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: [tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.][3])

Hier ist insofern dieselbe Formel wie bei Paulus in L. 91 § 3 de V. O. für den Todtschläger des Sklaven, als effectum quo minus steht, und insofern dieselbe wie bei Sabinus (Pomp.) L. 5 § 1 de R. C. für den Morosus, als es quo minus daret heißt. Die causa rei ut omne habeat petitor quod habiturus foret si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset (Gaius L. 20 de R. V.), die bei der Haftung nach der Litiscontestatio maßgebend ist, kommt in Relation mit der Contractsculpa und der mora.[4]) Es ist eigen, daß der Tod des Objektes den Fall bildet, für den diese Rechtsinstitute sich angleichen; denn der Tod des geschuldeten Sklaven ist für die Römer beim Unmöglichwerden der Leistung paradigmatisch. Ja, die Perpetuation als Folge der mora bei der Actio rei uxoriae[5]) tritt leichter hier hinzu, wenn man bedenkt, daß es sich da um den Tod des Gläubigers, also des Subjektes handelt; also auch hier wird der Tod als Aktions- oder Obligationsvernichter ausgeschaltet durch vorhergegangene mora.

---

[1]) Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 19f. — [2]) Mora 1 S. 64; Vgl. auch 2 S. 620ff. — [3]) '§ 4 fin. Just. (Lenel)' Krüger. — [4]) Vgl. Kniep II S. 8ff. — [5]) Von Pernice S. 132 subtil, aber mit Recht, von der allgemeinen getrennt.

praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

tua fuerit id necne, [aut dolo malo fueris quominus esset vel fuerit nec ne], sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

So verschieden die beiden Anwendungsfälle sind, so ist doch das Formale des Gedankens entsprechend und in die gleichen Worte gekleidet; bei der einen: Tradition allein machts nicht; es muß Verkauf oder ein gerechter Grund vorangehen, um dessentwillen die Tradition folgte; — bei der anderen: obs in seiner Macht stand, das machts nicht, sondern es muß ein gerechter Grund sein, aus dem er wissen muß, daß er geben soll. Nur durch die iusta causa wird das quominus in dem facere quominus hergestellt, das Tun allein genügt nicht. Und so genügt der Realakt der Tradition nicht, es muß die iusta causa vorhergegangen sein. Freilich ist der Unterschied: bei der mora ist es der animus, in welchem das corpus das factum geschieht; bei der traditio geht die iusta causa, wie Paulus ausdrücklich sagt, vorher; aber das ist nur äußerlich: In Wirklichkeit ist ja die iusta causa auch bei der mora nur determinierend für das factum, objektiv liegt sie ja zeitlich zurück. Bei unserer Einigung und Übergabe ist ebenso die Einigung nur der animus für das corpus der Übergabe, aber für die Entwicklung kommt die vorhergehende iusta causa, sei es Kauf, sei es was immer, wesentlich in Betracht; Pomponius hätte ohne Schaden auch seinerseits sagen können: aliqua iusta causa praecesserit; denn objektiv fällt die iusta causa als Tatsache in die Vergangenheit; subjektiv wirkt sie natürlich auf den animus gegenwärtig ein in dem Augenblick, wo das facere quominus sich ereignet.

Mit Pernice[1]) halte ich mich an die Tatsache, daß die Juristen von culpa bei der mora nicht reden, sondern von stare quo minus. Aber weil dieser Ausdruck, im Edikt mit Vorliebe für Gläubigerverzug gebraucht, und später auf den Schuldnerverzug übertragen, offenbar den Juristen mundrecht

---

[1]) S. 134.

ist, schließe ich, daß auch die veteres nicht von culpa sprachen, sondern vom facere und stare quo minus, und daß die constitutio durch Paulus in einer freien Umgestaltung wiedergegeben ist. Ist aber dies, so gewinnt die Entwicklung der mora einen mehr von der culpa freien Lauf, als der ist, den E. Heymann[1]) jüngst gezeichnet hat: durch seine Ausführungen sind meine Bemerkungen veranlaßt.

Bleibt man aber bei dem stare und facere quo minus stehen, so ergibt sich rein sprachlich jene Analogie mit der Litiscontestatio, welche Kniep[2]) für die Folgen der mora in Anspruch nahm. Von der Litiscontestatio sagt Paulus D. 10, 4, 12, 4: Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo [et culpa] possessoris, tamen [interdum] tanti damnandus est quanti actoris interfuiit per eum non effectum quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: [tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.][3])

Hier ist insofern dieselbe Formel wie bei Paulus in L. 91 § 3 de V. O. für den Todtschläger des Sklaven, als effectum quo minus steht, und insofern dieselbe wie bei Sabinus (Pomp.) L. 5 § 1 de R. C. für den Morosus, als es quo minus daret heißt. Die causa rei ut omne habeat petitor quod habiturus foret si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset (Gaius L. 20 de R. V.), die bei der Haftung nach der Litiscontestatio maßgebend ist, kommt in Relation mit der Contractsculpa und der mora.[4]) Es ist eigen, daß der Tod des Objektes den Fall bildet, für den diese Rechtsinstitute sich angleichen; denn der Tod des geschuldeten Sklaven ist für die Römer beim Unmöglichwerden der Leistung paradigmatisch. Ja, die Perpetuation als Folge der mora bei der Actio rei uxoriae[5]) tritt leichter hier hinzu, wenn man bedenkt, daß es sich da um den Tod des Gläubigers, also des Subjektes handelt; also auch hier wird der Tod als Aktions- oder Obligationsvernichter ausgeschaltet durch vorhergegangene mora.

---

[1]) Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 19f. — [2]) Mora 1 S. 64; Vgl. auch 2 S. 620ff. — [3]) '§ 4 fin. Just. (Lenel)' Krüger. — [4]) Vgl. Kniep II S. 8ff. — [5]) Von Pernice S. 132 subtil, aber mit Recht, von der allgemeinen getrennt.

praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

tua fuerit id necne, [aut dolo malo fueris quominus esset vel fuerit nec ne], sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

So verschieden die beiden Anwendungsfälle sind, so ist doch das Formale des Gedankens entsprechend und in die gleichen Worte gekleidet; bei der einen: Tradition allein machts nicht; es muß Verkauf oder ein gerechter Grund vorangehen, um dessentwillen die Tradition folgte; — bei der anderen: obs in seiner Macht stand, das machts nicht, sondern es muß ein gerechter Grund sein, aus dem er wissen muß, daß er geben soll. Nur durch die iusta causa wird das quominus in dem facere quominus hergestellt, das Tun allein genügt nicht. Und so genügt der Realakt der Tradition nicht, es muß die iusta causa vorhergegangen sein. Freilich ist der Unterschied: bei der mora ist es der animus, in welchem das corpus das factum geschieht; bei der traditio geht die iusta causa, wie Paulus ausdrücklich sagt, vorher; aber das ist nur äußerlich: In Wirklichkeit ist ja die iusta causa auch bei der mora nur determinierend für das factum, objektiv liegt sie ja zeitlich zurück. Bei unserer Einigung und Übergabe ist ebenso die Einigung nur der animus für das corpus der Übergabe, aber für die Entwicklung kommt die vorhergehende iusta causa, sei es Kauf, sei es was immer, wesentlich in Betracht; Pomponius hätte ohne Schaden auch seinerseits sagen können: aliqua iusta causa praecesserit; denn objektiv fällt die iusta causa als Tatsache in die Vergangenheit; subjektiv wirkt sie natürlich auf den animus gegenwärtig ein in dem Augenblick, wo das facere quominus sich ereignet.

Mit Pernice[1]) halte ich mich an die Tatsache, daß die Juristen von culpa bei der mora nicht reden, sondern von stare quo minus. Aber weil dieser Ausdruck, im Edikt mit Vorliebe für Gläubigerverzug gebraucht, und später auf den Schuldnerverzug übertragen, offenbar den Juristen mundrecht

[1]) S. 134.

ist, schließe ich, daß auch die veteres nicht von culpa sprachen, sondern vom facere und stare quo minus, und daß die constitutio durch Paulus in einer freien Umgestaltung wiedergegeben ist. Ist aber dies, so gewinnt die Entwicklung der mora einen mehr von der culpa freien Lauf, als der ist, den E. Heymann[1]) jüngst gezeichnet hat: durch seine Ausführungen sind meine Bemerkungen veranlaßt.

Bleibt man aber bei dem stare und facere quo minus stehen, so ergibt sich rein sprachlich jene Analogie mit der Litiscontestatio, welche Kniep[2]) für die Folgen der mora in Anspruch nahm. Von der Litiscontestatio sagt Paulus D. 10, 4, 12, 4: Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo [et culpa] possessoris, tamen [interdum] tanti damnandus est quanti actoris interfuiit per eum non effectum quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: [tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.][3])

Hier ist insofern dieselbe Formel wie bei Paulus in L. 91 § 3 de V. O. für den Todtschläger des Sklaven, als effectum quo minus steht, und insofern dieselbe wie bei Sabinus (Pomp.) L. 5 § 1 de R. C. für den Morosus, als es quo minus daret heißt. Die causa rei ut omne habeat petitor quod habiturus foret si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset (Gaius L. 20 de R. V.), die bei der Haftung nach der Litiscontestatio maßgebend ist, kommt in Relation mit der Contractsculpa und der mora.[4]) Es ist eigen, daß der Tod des Objektes den Fall bildet, für den diese Rechtsinstitute sich angleichen; denn der Tod des geschuldeten Sklaven ist für die Römer beim Unmöglichwerden der Leistung paradigmatisch. Ja, die Perpetuation als Folge der mora bei der Actio rei uxoriae[5]) tritt leichter hier hinzu, wenn man bedenkt, daß es sich da um den Tod des Gläubigers, also des Subjektes handelt; also auch hier wird der Tod als Aktions- oder Obligationsvernichter ausgeschaltet durch vorhergegangene mora.

---

[1]) Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 19f. — [2]) Mora 1 S. 64; Vgl. auch 2 S. 620ff. — [3]) '§ 4 fin. Just. (Lenel)' Krüger. — [4]) Vgl. Kniep II S. 8ff. — [5]) Von Pernice S. 132 subtil, aber mit Recht, von der allgemeinen getrennt.

praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

tua fuerit id necne, [aut dolo malo fueris quominus esset vel fuerit nec ne], sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

So verschieden die beiden Anwendungsfälle sind, so ist doch das Formale des Gedankens entsprechend und in die gleichen Worte gekleidet; bei der einen: Tradition allein machts nicht; es muß Verkauf oder ein gerechter Grund vorangehen, um dessentwillen die Tradition folgte; — bei der anderen: obs in seiner Macht stand, das machts nicht, sondern es muß ein gerechter Grund sein, aus dem er wissen muß, daß er geben soll. Nur durch die iusta causa wird das quominus in dem facere quominus hergestellt, das Tun allein genügt nicht. Und so genügt der Realakt der Tradition nicht, es muß die iusta causa vorhergegangen sein. Freilich ist der Unterschied: bei der mora ist es der animus, in welchem das corpus das factum geschieht; bei der traditio geht die iusta causa, wie Paulus ausdrücklich sagt, vorher; aber das ist nur äußerlich: In Wirklichkeit ist ja die iusta causa auch bei der mora nur determinierend für das factum, objektiv liegt sie ja zeitlich zurück. Bei unserer Einigung und Übergabe ist ebenso die Einigung nur der animus für das corpus der Übergabe, aber für die Entwicklung kommt die vorhergehende iusta causa, sei es Kauf, sei es was immer, wesentlich in Betracht; Pomponius hätte ohne Schaden auch seinerseits sagen können: aliqua iusta causa praecesserit; denn objektiv fällt die iusta causa als Tatsache in die Vergangenheit; subjektiv wirkt sie natürlich auf den animus gegenwärtig ein in dem Augenblick, wo das facere quominus sich ereignet.

Mit Pernice[1]) halte ich mich an die Tatsache, daß die Juristen von culpa bei der mora nicht reden, sondern von stare quo minus. Aber weil dieser Ausdruck, im Edikt mit Vorliebe für Gläubigerverzug gebraucht, und später auf den Schuldnerverzug übertragen, offenbar den Juristen mundrecht

[1]) S. 134.

ist, schließe ich, daß auch die veteres nicht von culpa sprachen, sondern vom facere und stare quo minus, und daß die constitutio durch Paulus in einer freien Umgestaltung wiedergegeben ist. Ist aber dies, so gewinnt die Entwicklung der mora einen mehr von der culpa freien Lauf, als der ist, den E. Heymann[1]) jüngst gezeichnet hat: durch seine Ausführungen sind meine Bemerkungen veranlaßt.

Bleibt man aber bei dem stare und facere quo minus stehen, so ergibt sich rein sprachlich jene Analogie mit der Litiscontestatio, welche Kniep[2]) für die Folgen der mora in Anspruch nahm. Von der Litiscontestatio sagt Paulus D. 10, 4, 12, 4: Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo [et culpa] possessoris, tamen [interdum] tanti damnandus est quanti actoris interfuiit per eum non effectum quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: [tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.][3])

Hier ist insofern dieselbe Formel wie bei Paulus in L. 91 § 3 de V. O. für den Todtschläger des Sklaven, als effectum quo minus steht, und insofern dieselbe wie bei Sabinus (Pomp.) L. 5 § 1 de R. C. für den Morosus, als es quo minus daret heißt. Die causa rei ut omne habeat petitor quod habiturus foret si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset (Gaius L. 20 de R. V.), die bei der Haftung nach der Litiscontestatio maßgebend ist, kommt in Relation mit der Contractsculpa und der mora.[4]) Es ist eigen, daß der Tod des Objektes den Fall bildet, für den diese Rechtsinstitute sich angleichen; denn der Tod des geschuldeten Sklaven ist für die Römer beim Unmöglichwerden der Leistung paradigmatisch. Ja, die Perpetuation als Folge der mora bei der Actio rei uxoriae[5]) tritt leichter hier hinzu, wenn man bedenkt, daß es sich da um den Tod des Gläubigers, also des Subjektes handelt; also auch hier wird der Tod als Aktions- oder Obligationsvernichter ausgeschaltet durch vorhergegangene mora.

---

[1]) Das Verschulden beim Erfüllungsverzug S. 19f. — [2]) Mora 1 S. 64; Vgl. auch 2 S. 620ff. — [3]) '§ 4 fin. Just. (Lenel)' Krüger. — [4]) Vgl. Kniep II S. 8ff. — [5]) Von Pernice S. 132 subtil, aber mit Recht, von der allgemeinen getrennt.

Nimmt man nun an, daß die culpa-Constitutio nur eine Paulinische Umgestaltung dem Sinne nach wiedergegebener Veteres-Worte ist, und daß die veteres in der Tat mit dem stare, fieri quominus arbeiteten, so ergibt sich, daß bei der Frage, wie die culpa zur mora steht, das Römische Recht einen neutralen Ausgangspunkt hatte, nicht von vornherein auf die culpa gewissermaßen festgelegt war, wie es auf Grund wortwörtlicher Hinnahme der L. 91 § 3 anzunehmen wäre: es war unter dieser Annahme für die Juristen eine offene, vielleicht eine fernliegende Frage, ob und inwieweit sie die culpa in die mora hineinbringen wollten, und so erklären sich die Schwankungen des klassischen Rechts, von den Schwankungen zu schweigen, die der Verdunklung durch die Kompilatoren zuzuschreiben sind.

Wie formalistisch beim facere quominus gedacht werden konnte, zeigt gerade L. 91 § 3, in der ernstlich die Frage gestellt wird, ob denn mora purgiert werden könne; buchstäblich genommen war per debitorem factum quo minus solveret, also der Purgant zu verurteilen, perinde ac si viveret homo.

VIII.

Interpolationen im Theodosianus?

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Heidelberg.

I. Der Titel I, 4.

Der Titel C. Th. 1, 4 ist überschrieben: De responsis prudentum.

I. Gotofredus kannte ihn nur aus dem Breviar, wo er nur das sog. Zitiergesetz enthält; jetzt sind durch einen Ambrosianischen Kodex zwei frühere Gesetze hinzugekommen, deren Inhalt aber durch das Zitiergesetz wiederholt wird.

Das sog. Zitiergesetz (C. Th. I, 4, 3 = Brev. I, 4, 1. 426 Nov. 7) lautet:

Imp. Theod. et Valent. AA. ad senatum urbis Rom. Post alia: Papiniani Pauli Gai Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita ut Gaium quae Paulum Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni corpore eius recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt ratam esse censemus, ut Scaevolae Sabini Iuliani atque Marcelli omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Et cetera. Dat. VII id. Novembr. Ravenna DD. NN. Theod. XII et Valent. II AA. conss.

Gotofredus nun, aus der Kenntnis nur des Zitiergesetzes heraus, urteilt, daß der Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus, nicht der Verfügung des Theodosianus angehöre, sondern eine Hinzufügung des Breviars sei (ad h. l. alinea 'Quid si'):

Ego haud absurde crediderim, id a Gothorum manu esse quibus tantoper Paulus, id est Pauli Sententiae placuerunt ut inde quoque Corpus suum Alaricianum conficerent, ut ex fine Interpretationis huic legi subditae apparet, ubi et duo ab Interprete addita de quibus nihil in contextu legis habetur .....

In der Tat ist der Satz schwer mit dem Gesetze zu vereinen, und dieses ohne ihn einheitlicher; ebenso aber steht es mit dem anderen Satze: Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari.

Es ist nicht wohl abzusehen, warum mitten in die Ordnung der Majoritätsverhältnisse hinein die Verfügung gestellt ist, daß die Noten des Paulus und Ulpian zu Papinians

Nimmt man nun an, daß die culpa-Constitutio nur eine Paulinische Umgestaltung dem Sinne nach wiedergegebener Veteres-Worte ist, und daß die veteres in der Tat mit dem stare, fieri quominus arbeiteten, so ergibt sich, daß bei der Frage, wie die culpa zur mora steht, das Römische Recht einen neutralen Ausgangspunkt hatte, nicht von vornherein auf die culpa gewissermaßen festgelegt war, wie es auf Grund wortwörtlicher Hinnahme der L. 91 § 3 anzunehmen wäre: es war unter dieser Annahme für die Juristen eine offene, vielleicht eine fernliegende Frage, ob und inwieweit sie die culpa in die mora hineinbringen wollten, und so erklären sich die Schwankungen des klassischen Rechts, von den Schwankungen zu schweigen, die der Verdunklung durch die Kompilatoren zuzuschreiben sind.

Wie formalistisch beim facere quominus gedacht werden konnte, zeigt gerade L. 91 § 3, in der ernstlich die Frage gestellt wird, ob denn mora purgiert werden könne; buchstäblich genommen war per debitorem factum quo minus solveret, also der Purgant zu verurteilen, perinde ac si viveret homo.

VIII.

Interpolationen im Theodosianus?

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Heidelberg.

I. Der Titel I, 4.

Der Titel C. Th. 1, 4 ist überschrieben: De responsis prudentum.

I. Gotofredus kannte ihn nur aus dem Breviar, wo er nur das sog. Zitiergesetz enthält; jetzt sind durch einen Ambrosianischen Kodex zwei frühere Gesetze hinzugekommen, deren Inhalt aber durch das Zitiergesetz wiederholt wird.

Das sog. Zitiergesetz (C. Th. I, 4, 3 = Brev. I, 4, 1. 426 Nov. 7) lautet:

Imp. Theod. et Valent. AA. ad senatum urbis Rom. Post alia: Papiniani Pauli Gai Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita ut Gaium quae Paulum Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni corpore eius recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt ratam esse censemus, ut Scaevolae Sabini Iuliani atque Marcelli omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Et cetera. Dat. VII id. Novembr. Ravenna DD. NN. Theod. XII et Valent. II AA. conss.

Gotofredus nun, aus der Kenntnis nur des Zitiergesetzes heraus, urteilt, daß der Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus, nicht der Verfügung des Theodosianus angehöre, sondern eine Hinzufügung des Breviars sei (ad h. l. alinea 'Quid si'):

Ego haud absurde crediderim, id a Gothorum manu esse quibus tantoper Paulus, id est Pauli Sententiae placuerunt ut inde quoque Corpus suum Alaricianum conficerent, ut ex fine Interpretationis huic legi subditae apparet, ubi et duo ab Interprete addita de quibus nihil in contextu legis habetur .....

In der Tat ist der Satz schwer mit dem Gesetze zu vereinen, und dieses ohne ihn einheitlicher; ebenso aber steht es mit dem anderen Satze: Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari.

Es ist nicht wohl abzusehen, warum mitten in die Ordnung der Majoritätsverhältnisse hinein die Verfügung gestellt ist, daß die Noten des Paulus und Ulpian zu Papinians

Corpus nichts gelten sollen. Die Abstimmungsordnung bildet ein fortlaufendes Ganzes, wie auch durch den Konjunktiv (vincat — eligat) im Gegensatz zu dem Befehlsworte (firmamus — ratam esse censemus — praecipimus) sie sich von den übrigen Verfügungen des Gesetzes abhebt:

Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit ita cedit duobus...... Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis.

Nur schwer kann man das eorum, quorum par censetur auctoritas auf die Infirmation der Noten mitbeziehen, es geht offensichtlich auf Persönlichkeiten, nicht auf Werke.

Nun ist, wie bemerkt, durch den im 19. Jahrhundert gefundenen Kodex der Titel um zwei Gesetze verstärkt, die inhaltlich eben den zwei Sätzen des Zitiergesetzes über die Notae zum Papinian und die Sententiae des Paulus gleich sind, — das erstere wird durch sicut dudum statutum est herangezogen, das zweite ist wesensgleich mit Satz 2.

Gotofredus also, ohne Kenntnis jener beiden Gesetze, hatte die Frage aufgeworfen, ob der letzte Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus etwa erst von den Westgoten herrühre.

Der neugefundene Kodex A beginnt gerade von unserm Titel an, auch die dem Breviar fehlenden Konstitutionen zu geben, aber ausschließlich der Interpretatio. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß er zwar die dem Breviar fremden Konstitutionen des Theodosianus notgedrungen anderswoher nahm, die dem Breviar angehörenden aber in dessen Form, und so könnte immerhin die c. Th. 1, 4, 3 auch in diesem Kodex (sie ist sonst nur durch wirkliche Breviarhandschriften überliefert) in Breviarabänderung stehen. Allein Krüger[1]) weist darauf hin, daß das Breviar sonst keine Abweichung von dem uns erhaltenen Theodosianischen Originaltexte aufweist, und, wenn man erwägt, wie unwahrscheinlich es ist, daß gerade hier, zu Anfang der Sammlung, eine Ausnahme

[1]) Gesch. der Rquellen² S. 300 N. 21.

gemacht sei, so wird man nicht geneigt sein, diese Unwahrscheinlichkeit mit jener andern zu kumulieren, daß der Archetypus von A zwar die übrigen Gesetze von woandersher entnommen, die breviarischen aber, obwohl ihm das reinere Material auch hier vorlag, in Breviarform gegeben habe.

Also, daß die Breviarier auch nur die Bestimmung über Paulus Sententiae eingefügt haben, ist ein Gedanke, der, äußerlich, nicht leicht durchführbar ist.

Nun bleibt aber der innere Gegensatz beider Klauseln zum Hauptstrom des Gesetzes, sowie die Identität des Inhalts der Klauseln mit c. 1 und 2; es müssen also die Möglichkeiten erwogen werden, die zur Erklärung dieser Tatsachen verwendet werden können.

A. Die von Gotofredus vermutete Entstehung muß jetzt folgendermaßen modifiziert werden.

Sollte der Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus erst vom Breviar herrühren, so haben die Leute des Alarich eines der früheren Gesetze des theodosianischen Titels 1, 4 weggelassen, um es in das einzige von ihnen aufgenommene Gesetz dieses Titels hineinzupressen. Ein solches Verfahren ist nach Krüger sonst nicht erweislich und es müßte nach besonderen Gründen für unseren Fall gesucht werden. Nun sind ins Breviar aus den ersten Titeln des ersten Buches des Theodosianus nur solche Gesetze aufgenommen, die ganz kurz nach Reskriptenart die Fragen ordnen. Erst nach der großen Lücke (also im 16. Titel) erscheinen im Breviar größere Gesetze. Man hätte also anzunehmen, daß die Breviarier, da sie überhaupt das sog. Zitiergesetz aufnehmen wollten, den Kleinkram der vorhergehenden Gesetze des Titels diesem großen Stücke einverleibten, — eben zu dem Zwecke, um dann die kleinen Gesetze wegzulassen. Dann aber fiele unter diese Annahme ebensowohl die Klausel über die notae (gleich c. 1), wie die Klausel über die sententiae (gleich c. 2). — Dann wäre die c. unica von Breviar I, 4 eine Art infortiata, c. 3 C. Th. 1, 4, nämlich verstärkt durch c. 1 und 2 C. Th. 1, 4. — Späterhin hätten die Westgoten ähnliche Kunst nicht mehr geübt.

B. Will man sich hiermit nicht befreunden, so bleibt, um eine Einfügung jener Sätze zu erklären, nur eine kurze

Corpus nichts gelten sollen. Die Abstimmungsordnung bildet ein fortlaufendes Ganzes, wie auch durch den Konjunktiv (vincat — eligat) im Gegensatz zu dem Befehlsworte (firmamus — ratam esse censemus — praecipimus) sie sich von den übrigen Verfügungen des Gesetzes abhebt:

Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit ita cedit duobus...... Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis.

Nur schwer kann man das eorum, quorum par censetur auctoritas auf die Infirmation der Noten mitbeziehen, es geht offensichtlich auf Persönlichkeiten, nicht auf Werke.

Nun ist, wie bemerkt, durch den im 19. Jahrhundert gefundenen Kodex der Titel um zwei Gesetze verstärkt, die inhaltlich eben den zwei Sätzen des Zitiergesetzes über die Notae zum Papinian und die Sententiae des Paulus gleich sind, — das erstere wird durch sicut dudum statutum est herangezogen, das zweite ist wesensgleich mit Satz 2.

Gotofredus also, ohne Kenntnis jener beiden Gesetze, hatte die Frage aufgeworfen, ob der letzte Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus etwa erst von den Westgoten herrühre.

Der neugefundene Kodex A beginnt gerade von unserm Titel an, auch die dem Breviar fehlenden Konstitutionen zu geben, aber ausschließlich der Interpretatio. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß er zwar die dem Breviar fremden Konstitutionen des Theodosianus notgedrungen anderswoher nahm, die dem Breviar angehörenden aber in dessen Form, und so könnte immerhin die c. Th. 1, 4, 3 auch in diesem Kodex (sie ist sonst nur durch wirkliche Breviarhandschriften überliefert) in Breviarabänderung stehen. Allein Krüger[1]) weist darauf hin, daß das Breviar sonst keine Abweichung von dem uns erhaltenen Theodosianischen Originaltexte aufweist, und, wenn man erwägt, wie unwahrscheinlich es ist, daß gerade hier, zu Anfang der Sammlung, eine Ausnahme

[1]) Gesch. der Rquellen² S. 300 N. 21.

gemacht sei, so wird man nicht geneigt sein, diese Unwahrscheinlichkeit mit jener andern zu kumulieren, daß der Archetypus von A zwar die übrigen Gesetze von woandersher entnommen, die breviarischen aber, obwohl ihm das reinere Material auch hier vorlag, in Breviarform gegeben habe.

Also, daß die Breviarier auch nur die Bestimmung über Paulus Sententiae eingefügt haben, ist ein Gedanke, der, äußerlich, nicht leicht durchführbar ist.

Nun bleibt aber der innere Gegensatz beider Klauseln zum Hauptstrom des Gesetzes, sowie die Identität des Inhalts der Klauseln mit c. 1 und 2; es müssen also die Möglichkeiten erwogen werden, die zur Erklärung dieser Tatsachen verwendet werden können.

A. Die von Gotofredus vermutete Entstehung muß jetzt folgendermaßen modifiziert werden.

Sollte der Satz: Pauli quoque sententias semper valere praecipimus erst vom Breviar herrühren, so haben die Leute des Alarich eines der früheren Gesetze des theodosianischen Titels 1, 4 weggelassen, um es in das einzige von ihnen aufgenommene Gesetz dieses Titels hineinzupressen. Ein solches Verfahren ist nach Krüger sonst nicht erweislich und es müßte nach besonderen Gründen für unseren Fall gesucht werden. Nun sind ins Breviar aus den ersten Titeln des ersten Buches des Theodosianus nur solche Gesetze aufgenommen, die ganz kurz nach Reskriptenart die Fragen ordnen. Erst nach der großen Lücke (also im 16. Titel) erscheinen im Breviar größere Gesetze. Man hätte also anzunehmen, daß die Breviarier, da sie überhaupt das sog. Zitiergesetz aufnehmen wollten, den Kleinkram der vorhergehenden Gesetze des Titels diesem großen Stücke einverleibten, — eben zu dem Zwecke, um dann die kleinen Gesetze wegzulassen. Dann aber fiele unter diese Annahme ebensowohl die Klausel über die notae (gleich c. 1), wie die Klausel über die sententiae (gleich c. 2). — Dann wäre die c. unica von Breviar I, 4 eine Art infortiata, c. 3 C. Th. 1, 4, nämlich verstärkt durch c. 1 und 2 C. Th. 1, 4. — Späterhin hätten die Westgoten ähnliche Kunst nicht mehr geübt.

B. Will man sich hiermit nicht befreunden, so bleibt, um eine Einfügung jener Sätze zu erklären, nur eine kurze

Spanne Frist: Ende 426 haben Theodosius und Valentinianus das Zitiergesetz erlassen, im Jahre 438 aber bereits den Theodosianus publiziert, in dem es uns in der durch den Ambrosianus und das Breviar überlieferten Form vorliegt. Man würde also anzunehmen haben, daß das ursprüngliche Gesetz in der Zwischenzeit um jene Klauseln bereichert wurde, die aber eben nichts Neues schufen, sondern nur bereits Verfügtes bestätigten und einschärften.

Nun fällt in die Zwischenzeit zunächst die Verfügung c. 5 C. Th. 1, 1 (von 429), welche zwei Aufträge erteilt, einmal den zu einem Sammelbuch der Gesetze, und sodann den zum auswählenden Gesamtrechtsbuch, diesem zweiten auch die zugehörigen Prudentium tractatus et responsa zuweisend (Gesta 4, Z. 18 Mommsen). In den Rahmen dieser Verfügung paßt schlecht die Aufnahme des Zitiergesetzes in den zweiten Kodex; denn da hier die Traktate der Juristen auch ihrerseits gesammelt werden sollen, so ist das Zitiergesetz überholt, — wie übrigens auch im Breviar, dessen ius eben sein Gaius, sein Paulus und das Renommierstückchen aus Papinian sind: wohl aber gehört das Zitiergesetz in den Noster alius des Theodosius, diesen Kodex, der ohne jenen Vorgänger und unter Verzicht auf das ius allein verwirklicht wurde.

In dies neue Unternehmen, welches die alten Rechtslehrer unberührt läßt, fügt sich das Juristengesetz als Neuordnung der dieser Gesetzsammlung sonst fremden Iusabteilung wohl ein, als genereller Hinweis auf die hinfüro weiter zu befolgende Norm für das Ius. Im Breviar mutet das Zitiergesetz ebenfalls seltsam an, sollten doch in dessen Verlauf Gaius, Paulus, Papinianus als einzige noch in Gebrauch verbleibende Vertreter des Ius folgen.

Handelte es sich nun darum, die Ächtung der Notae des Ulpian und Paulus zum Papinian zu wiederholen, so war die Einfügung in ein Einzelgesetz nicht wohl der nächstliegende Weg: In einen Kodex war sie wohl zu bringen, aber da haben wir sie ja als c. 1, und also nun doppelt. Allerdings scheuen die Theodosianer es nicht, Bestimmungen mehrfach zu bringen [1]), ein Erbteil von dem ursprünglichen Plane her,

[1]) Krüger, S. 326.



daß der dritte Kodex eine vollständige Materialiensammlung sein sollte; immerhin ist es erstaunlich, daß die beiden ersten Gesetze des Titels 1, 4 im dritten Gesetze beiläufig rekapituliert sind. Es bleibt mir daher, auch wenn jene Klauseln der c. 3 schon im Theodosianus gestanden haben sollten, wahrscheinlich, daß sie in das Gesetz einer früheren Zeit, vielleicht für die Zwecke des alius codex, hier eingespannt worden sind.

Aber schließlich ist die Frage, ob jene Klauseln alsbald oder gleich bei der Abfassung ins Zitiergesetz gekommen sind, nicht sehr erheblich, und die entschlußlos auslaufende Erörterung hierüber soll nur den Boden bereiten für die Erwägung, ob nicht auch dem Neuinhalt nach das Zitiergesetz als sukzessive entstanden zu betrachten sei:

II. Der erste Satz lautet: Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. ad senatum urbis Rom(ae). Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et ceteros[1]) comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur.

Hier wird dem Gaius gleiche Macht verliehen mit dem Paulus, Ulpianus und den ceteri. Die Tatsache an sich selbst wird gewöhnlich damit erklärt, daß Gaius' Schriften weit verbreitet waren, und da man für dieses unzweifelhafte Faktum nach Belieben eine lobende oder tadelnde Bezeichnung finden kann, so wird von einigen die Oberflächlichkeit, von anderen die Lehrkraft von Gaius' Schriften als innerer Grund angeführt. Man sollte aber neben dieser Wertung folgendes äußere Moment nicht übersehen: Papinian, ebenso dessen beide Schüler und Modestinus waren insofern endgültige Auctoritäten, als sie von keinem Ebenbürtigen widerlegt wurden; ihre Sprüche waren wissenschaftliche Endurteile: denn Modestinus polemisiert überhaupt kaum, Ulpian und Paulus nicht gegeneinander: wo diese beiden gegen Papinian Front machen, in den notae, werden sie geächtet und damit ist Papinian zur Endstation erhoben. Es war also bequemer, denen sich anzuschließen, deren Meinung nirgendwo kritisiert, sondern höchstens ipso facto durch Aufstellung einer andern

[1]) Zwei Codd. haben cunctos, A hat es ausgelassen.



Meinung mit bekämpft wurde. Gaius wurde „von der Aristokratie der Jurisprudenz“ [1]) nicht zitiert, und eben darum waren seine Auslassungen formell unwiderlegt; was nie widerlegt wurde, mochte unwiderleglich scheinen, und wer ihn vor Gericht rezitierte, durfte nicht die Entgegnung gewärtigen: „Den hat ja X. längst zerpflückt.“ So paradox es klingt: gerade seine Stellung abseits vom großen Kampfe ließ ihn für eine „gedankenlose Spätzeit“ die Ebenburt mit den späteren Heroen erringen. Gaius nun erhält gleiche Macht mit 'Paulus, Ulpianus und den ceteri'. Daß hierbei Papinian nicht genannt wird, ist wohl erklärlich; denn er hat Spitzenstellung, und wird alsbald berufen werden, den Stichentscheid zu geben; daher fällt er für die Gleichstellung des Gaius aus und kann natürlich auch unter den ceteri nicht mit einbegriffen werden, wie denn auch eine Bescheidung inter ceteros für seine Stellung ganz unangemessen wäre. Scheidet aber Papinian aus, so bleibt als einziger Repräsentant der ceteri Modestinus; denn von den anderen wissen wir noch nichts, da wir sie im nächsten Satze allererst zu hören bekommen sollen. Ja mehr noch: eine Beziehung des ceteri auf die folgenden wird auch sachlich unpassend, wenn man erwägt, daß sie im Vergleich zu den fünfen durch die Bücherkollationsvorschrift eine mindere Stellung erlangen; es wäre kaum erträglich anzunehmen, Gaius würde in der ersten Serie genannt und dabei bemerkt, daß er gleiche Kraft mit beiden Serien habe. Also bleibt in der Tat als Verwirklichung der ceteri nur Modestinus, und dies läßt allerdings die Vermutung auftauchen, daß in einem ursprünglichen Erlaß auch wirklich et Modestinum gestanden hat, was dann in einem späteren Stadium, z. B. bei der Appretur der Konstitution für den Theodosianus umgewandelt wurde. Was konnte der Grund sein, der eine solche mögliche Umwandlung von Modestinus in ceteri hervorrief? Doch wohl nur die Tatsache, daß in den folgenden Bestandteilen des Textes eine Veränderung vorgenommen wurde, die es dem Neuredaktor wünschenswert erscheinen ließ, die Gleichstellung des Gaius auch auf die zweite Serie auszudehnen. Diese

[1]) Ausdruck von Bruns, Holtzendorff, Enzyklopädie S. 112 (= Bruns-Lenel S. 150).

Veränderung kann aber kaum etwas anderes gewesen sein als eben die Einfügung der zweiten Serie in die Zahl der Auktoritäten selber. Diese Gedankenreihe würde also darauf hinführen, daß die zweite Serie der Juristen selber erst später eingefügt wurde und die ursprüngliche Verfügung es nur mit Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus und dem ihnen angegliederten Gaius zu tun hatte. Wenn der ursprüngliche Tenor nur jene vier enthielt, so war es richtig, Paulum, Ulpianum et Modestinum zu schreiben, und es wird erklärlich, daß der zweite Redaktor im Hinblick auf seine zweite Serie, mehr leger als logisch ceteros aus Modestinus machte. Es würde dann die erste Redaktion so ausgesehen haben: Papiniani Pauli Gai Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum Ulpianum et *Modestinum* comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur.

Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus.

Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis.

Denkt man sich diese Fassung als die ursprüngliche, so wird man leicht ermessen, daß hierdurch ein gravamen beseitigt wird, welches gegenüber dem überlieferten, nach meiner Hypothese also jüngeren Texte zu erheben ist: in der vorstehenden (hypothetischen) Fassung bedeutet das Gesetz: Alles was von Papinian, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus stammt, hat Geltung; ist unter den fünfen Dissens, so entscheidet Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit hat Papinian zu „dirimieren"; schweigt er bei Stimmengleichheit der übrigen, so entscheidet der Richter.

Man hat sich die Sache also vorzustellen wie in einem Fünfmännerkollegium, bei dem aber nicht jeder mitzustimmen brauchte und daher eine Stimmengleichheit möglich ist, die dann eventuell durch den zufällig mitstimmenden Vorsitzenden behoben wird, während, wenn dieser sich enthält, bei

Stimmengleichheit etwa das Los entscheidet. Diese Ordnung ist nicht unvernünftig und namentlich nicht unwürdig: wird einmal auf wenige Auktoritäten rekurriert, so ist es nicht unpassend, sie wie ein Kollegium zu behandeln.

Ganz anders bei Einfügung der zweiten Serie (Scaevola, Sabinus, Julianus, Marcellus). Wenn die ganze Schar der Zitierten (von denen ja die namentlich Aufgeführten für den Legislator nur Beispiele waren, erschöpfende Ausführung erst für die Interpretatio geworden sind), vereint zu dem Fünfmännerkollegium hinzutritt, so wird die Abstimmung ein Zufallsspiel und der Stichentscheid des Vorsitzenden eine Lächerlichkeit. Welche ἀδιάφορα spielen bei einer solchen Zahl mit, wieviel Streit kann schon die Zählung ergeben! Darin liegt ein gewichtiges Argument dafür, daß der ursprüngliche Tenor des Gesetzes jenes Fünfmännerkollegium im Auge hatte, bei dem der Gedanke nicht übel ist, den die große Zahl der Zitierten schwer erträglich macht. Drei sticht zwei, zwei einen; Papinian mit einem sticht zwei; Papinian allein jeden andern; im übrigen partie remise, und moderatio iudicantis, — das geht. Aber nun wolle man sich die Kombinationen ausmalen, die durch den Zutritt auch nur der vier Genannten entstehen; das gibt ein Chaos, und eben daraus schließe ich, daß das Gesetz von 426 nur die fünf primären Auktoritäten kannte, die Zitierleute aber erst später eingeschoben wurden, sei es, als man für die geplante Sammlung der tractatus et responsa eine Direktive geben wollte, sei es, als man einsah, daß auf diese Sammlung zu verzichten und dem Richter eine unabhängige Norm zu geben sei, — sei es endlich bei der Redaktion des uns vorliegenden Theodosianus; — wann auch immer es geschah, diese Erweiterung raubte dem Majoritätspassus die Eleganz, man kann beinahe sagen, die praktische Vernunft.

III. Ein Punkt, der, historisch betrachtet, Schwierigkeiten macht, soll noch hervorgehoben werden; es ist die zeitliche Stellung des Gaius. Gaius ist wohl jünger als Sabinus, aber älter als Scävola und auch als Marcellus, und nur um etwa ebenso viel jünger als Julian, wie er älter ist als Marcellus.

Den Schriften dieser vier (und der anderen Zitierleute) wird antiquitatis incertum nachgesagt. War dies bei Gaius

so viel weniger da? Gewiß, die Institutionen werden sich überall erhalten und aufgefunden haben, aber die anderen Werke?

Hier gibt nun einen Anhalt die eine von Conrats[1]) beiden Vermutungen, die nämlich, daß der Satz si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur sich auch auf die fünf Primärauktoritäten beziehe; diese Vermutung will ich mir nicht zu eigen machen, aber ich beziehe sie in meine Hypothese mit ein: Ist die Erwähnung der Zitierleute erst in einem späteren Stadium eingefügt, so könnte der Kollationszwang schon dem ursprünglichen Text angehört und dieser gelautet haben: ita ut Gaium quae Paulum Ulpianum et *Modestinum* comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur, — — — — — si tamen *eius*[2]) libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur.

Man bedenke: Gaius wird dem Papinian, dessen Schülern und Enkelschülern, gleichgestellt; es wird ihm, wie man[3]) gesagt hat, nachträglich das ius respondendi erteilt, — nun, wenn Papinian, der älteste jener vier, reichlich 100 Jahre tot war und seine Schriften vom Glanze einer seit ihrem Erscheinen gleich gewaltigen Bewunderung konserviert wurden, so ist Gaius etwa 50 Jahre vor ihm gestorben und nur privatim durch die Übung der Generationen forterhalten: so ergab sich bei ihm wohl ein triftiger Grund, im Gegensatz zu den vier, mit Rücksicht auf das antiquitatis incertum, die Kollation vorzuschreiben, während eine solche Vorschrift etwa für Scävola schon im allgemeinen nur wenig, und im Gegensatz zu Gaius gar nicht am Platze war.

IV. Endlich bekenne ich, daß die Aufzählung des Gaius mitten in den vier anderen Primärauktoritäten mir nicht recht behagt; es könnte sein, daß Gaius' Name hier später eingeschoben wurde und ursprünglich nur in dem Satze ita ut Gaium .... vorkam, sei es, daß dieser Satz im Theodosianus in seiner ursprünglichen Form wiedergegeben ist, sei es, daß eine Verkürzung vorliegt.

---

[1]) Mélanges Fitting I S. 318. — [2]) Nämlich: Gaii. — [3]) Bruns a. a. O. S. 112 = Bruns-Lenel S. 150.

Wahlweise gebe ich also noch folgenden Urtext: Papiniani Pauli [·] Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita ut Gaium quae Paulum Ulpianum et *Modestinum* comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur, — — — si tamen *eius* libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur.

Ubi autem diversae sententiae *etc.*

II. Tit. 2, 7 Lex. 2.

C. Th. 2, 7, 2 (327 Jul. 19).

Idem A. ad Iulianum P. V. Petendae in integrum restitutionis temporibus, ut iam constitutum est, observatis si dilatio ab actore petatur, quae intra metas lege comprehensas valeat artari, eandem quocumque flagitante causis cognitis tribui oportebit; sin vero eiusmodi postulentur curricula, quae intra spatium lege receptum angustari non queunt, quippe si in confinio praedicti temporis petuntur et eius terminos prorogabunt, dilationem petitori denegari conveniet: in eius enim arbitrio fuerat tunc inferre litigium, cum petitae dilationis mora spatio superstite posset includi. Quod si defensio possidentium dilationis suffragia postulaverit, eandem adserta causa citra obstaculum temporis deferri sancimus, quia nequaquam in ipsius steterat potestate, quando litigio pulsaretur. Dari igitur debet, etsi impetrata dimensio sese ultra constitutionis regulam proferat. Qua dilatione, si a possessore impetretur, etiam petitor in requirendis probationibus uti minime prohibetur. Dat. XIIII Kal. Aug.; PP. Romae Constantio et Maximo Conss.

Dieses Gesetz ist eine wahre Crux.

Man kann vier Stadien der Interpretation unterscheiden, denn es mußten sich über diese Konstantinische Verfügung ein Urteil bilden:

1. Die Theodosianer,
2. Die Interpretatio,
3. Jacobus Gotofredus,
4. Die Justinianer,
5. Die moderne Forschung.

Die Interpretatio lautet wie folgt:

Liquet quattuor mensibus constitutum, ut petentibus pro requirenda omni instructione indutiae concedantur. Unde si illud spatium requiratur, quod indultum est, id est, quod quattuor menses non possit excedere, praestari conveniet. Si vero tales petantur indutiae, quae tempus lege constitutum excedant, petitori debet dilatio denegari, qui scire debuit actionem suam constituto tempore finiendam.

Sie geht also davon aus, daß nach c. 1 C. Th. 6, 1 jedem der Streitenden, wenn er kaiserliche Wiederherstellung (redintegratio) des durch Fristversäumnis verlorenen (temporibus exemptum) Prozeßstandes erlangt hat, nunmehr für die Erledigung des neuen Verfahrens vier Monate, nicht mehr, gewährt sind. Sie erblickt in unserem Gesetz eine wiederholte Einschärfung dieses Satzes und wird also in den petendae in integrum restitutionis tempora die der redintegratio nach c. 1 (von 316) folgenden 4 Monate gesehen haben.

Das allgemeine Bedenken gegen diese Auffassung liegt auf der Hand.

Die Zeiten der petenda in integrum restitutio sind nicht die der redintegratio, und wenn reparatio auf Grund der c. 1 C. Th. 2, 6 erbeten wird, so stehen sich nicht Kläger und Beklagter, sondern Impetrant und Impetrat ungleichartig gegenüber; also kann man vom Beklagten nicht sagen, er habe die Klage zu nehmen, wenn sie ihm geboten werde und dürfe darum an die Frist nicht gebunden sein; denn die reparatio verlangt er, weil er verloren hat. Es müßte also unter dem petitor und possessor der „Reparationsbeklagte" und der „Reparationskläger" zu verstehen sein, so wie wir von „Revisionskläger" und „Revisionsbeklagtem" sprechen. Dies ist aber durch die Worte petitor und possessor ausgeschlossen und damit entfällt die Auslegung der Interpretatio, und man hat nicht nötig, auf deren spezielle Seltsamkeiten allein Bezug zu nehmen, so grotesk die Folgen dieser Auslegung auch wären: es müßte Konstantin reparatio und dilatio vermengt und sein Reparationsgesetz in ein Dilationsgesetz stillschweigend oder orakelnd geändert haben. Er müßte für die redintegratio den technischen Ausdruck der allgemeinen in integrum restitutio gebraucht haben. Er müßte seltsamerweise sich den Anschein gegeben haben, von zwei

Fristen zu reden: dilationis mora und spatium lege receptum, während doch immer nur an die vier Monate gedacht wäre, und sein weitläufiger Spruch hätte nur bedeutet: der Kläger bekommt, wie schon bestimmt, nicht mehr als vier Monate.

Es ist darum bereits von Gotofredus gesagt, daß die Interpretatio 'in spongiam incumbat', indem sie unser Gesetz auf das genannte Gesetz beziehe: 'deque quatuor mensibus inepte inculcat'. Überzeugend gegen die Annahme, die Frist sei die Viermonatsfrist, auch Kipp, Litisdenuntiation S. 274.

Gotofredus bringt übrigens c. 2 C. Th. 2, 7 nicht mit c. 1 C. Th. 2, 6 in Verbindung, sondern mit c. 5 C. Th. 2, 6, welche er aber (und so auch Haenel) von ihrem Breviarplatz weg und in den Titel 2, 7 als c. 3 rückt.

Da c. 5 C. Th. 2, 6 (c. 2 C. Th. 2, 7 Gotofredo et Haenelio) von 'quatuor' und 'sex menses' spricht und die Spezialfälle des Fiskus im Auge hat, so ist die Beziehung auf c. 1 C. Th. 2, 6 die gegebene; sachlich ist an dem Urteil des Gotofredus über die Interpretatio nichts geändert.

Die Justinianer haben die Konstitution in den Titel de i. i. r. (2, 52) gestellt und — falls c. Th. 2, 7, 2 ihre einzige Vorlage war — einige leichte Änderungen an ihr vorgenommen:

Zeile bei Mo.	C. Th.	C. J.
2	ut iam constitutum est.	Nichts
3	intra metas lege comprehensas	intra metas restitutionis
6	spatium lege receptum	spatium receptum
7	praedicti temporis	legitimi temporis
10	possidentium	rei
4²	ultra constitutionis regulam	ultra temporis definitionem
5²	possessore — petitor	reo — actor

Die Ersetzung der Worte für die Parteirollen (Z. 10, Z. 5²) soll hier nur verzeichnet werden. Die übrig bleibenden haben das gemeinsame Ziel, die im C. Th. durch 'ut iam constitutum est' gegebene Beziehung auf ein früheres Gesetz zu unterdrücken. Die Justinianer wollen, daß man nicht an ein konstantinisches Gesetz denke, welches der c. 3 C. Th. 2, 7 vorangeht, sondern an die allgemeine Regelung, und zwar der Restitutionsfristen, die in Justinians Gesetzbuch herrscht. Sie sind dabei sorgsam genug, auch 'lege' vor 'receptum' zu tilgen, ja sie verwandeln das ganz harmlose

'praedicti' in 'legitimi'. Durch diese Änderungen wollen sie es erwirken, daß der Leser bei den Zeitbestimmungen des Gesetzes an c. 7 C. J. 2, 52 (vom Jahre 531) denke.

Wahrscheinlich haben sie die Worte 'ut iam constitutum est' im Sinne von 'ut iam constituta sunt' (scil. tempora) gefaßt und darum getilgt, wie wenn diese Worte an ein Fristengesetz mahnten, von dem der Codex Justinianus nichts aufgenommen hat. Aber 'ut iam constitutum est' heißt „wie schon verfügt ist“ und verkündet die Tatsache der Existenz einer Konstitution, sagt aber nichts über deren etwaigen Inhalt und der Einführung von neuen Restitutionsfristen. Nicht das meint Konstantin: „wenn meine neuen Restitutionsfristen gewahrt sind“, sondern: „wenn, wie ich dies neulich verordnet habe, die Restitutionsfristen gewahrt sind“: dann nämlich allein darf der Kläger Dilation erbitten. Konstantin hat in einem verloren gegangenen Gesetze dem Kläger gestattet, Dilation zu erbitten, aber nur für den Fall, daß restitutio in integrum in concreto begehrt werden kann, und namentlich noch nicht durch Fristablauf erledigt ist; er denkt also hier beispielsweise an einen rei publicae causa absens, nicht gerade an einen minor, und nimmt im allgemeinen Bezug auf dies — verloren gegangene — Gesetz, welches, wie gesagt, auch dem Kläger die Befugnis zusprach, dilatio instrumentorum causa zu erbitten, wofern er in casu die in integrum restitutio überhaupt nach der Sachlage, und namentlich nach der Zeitlage verlangen konnte, im Prinzip also, wenn er innerhalb der Frist des annus utilis sein Begehren vorbrachte: also, gesetzt, der Kläger war im Jahre 320 im April abgewiesen, und verlangte im Februar 321 Restitution, nachdem er im August 320 von der Staatsabwesenheit heimgekehrt war, so konnte er nun auch Dilation erbitten, und zwar wenn er trans mare fortgewesen war, 9 Monate; denn das war für Transmarine die Diokletianische Dilationsfrist (c. 1 C. J. 3, 11). Verlangte er nun in unserem Fall 8 oder 9 Monate, so überschritt das Ende der Dilationsfrist den Schluß des annus utilis; eben dies soll jetzt durch unsere Konstitution verhindert werden: Der Endpunkt des annus utilis soll die äußerste Grenze für das Ende klägerischer Dilationsfrist sein, wenn er von dem Rechte Gebrauch

macht, bei laufender Restitutionsfrist auch Dilation zu verlangen.[1])

Der Beklagte ist von dieser zeitlichen Beschränkung frei, denn ihn überrumpelt zeitlich auch die Klage, auf die er sachlich gefaßt sein konnte.

Es ist wohl gesagt worden, das Gesetz, auf welches 'ut iam constitutum est' anspiele, sei c. 2 C. Th. 2, 16, welche die Frist für die minores bei der restitutio propter aetatem bis zum 30., 29., 28. Jahre ausdehnt und ein Vorläufer der c. ult. C. J. 2, 52 ist. Allein dann müßte es m. E. heißen: 'secundum quod constitutum est' oder 'ut iam constituta sunt'; denn c. 2 C. Th. 2, 16 beschäftigt sich nicht mit der Frage, ob dilatio nur im Falle der in integrum restitutio möglich sei, sondern nur mit der Länge der Restitutionsfrist und ist daher nicht ein constitutum für die andere Frage.

Entweder ist — so glaube ich schließen zu können — mit Gotofredus anzunehmen, daß ein Gesetz — constitutum — ergangen und verloren sei, welches diese Verbindung der dilatio und der restitutio regelte, oder die Theodosianer haben bei Erwähnung der petendae restitutionis tempora an c. 2 C. Th. 2, 16 gedacht und — 'ut iam constitutum est' — verkehrt eingeschoben.

Was aber bedeutet 'intra metas lege comprehensas'?

Es ist uns kein Gesetz erhalten, welches die Zeitgrenzen der in integrum restitutio schlechthin nominiert hätte; wäre c. 2 C. Th. 2, 16 gemeint, so wäre dies 1. unscharf (weil bloß auf minores bezüglich[2])): denn c. 2 C. Th. 2, 16 handelt nur von der in integrum restitutio minorum und an unserer Stelle ist von den Zeiten der in integrum restitutio im allgemeinen die Rede; 2. würde 'lege comprehensas' auf den annus und die neuen Fristen der lex 2 gehen, es wäre also mit lege etwas anderes gemeint als mit constitutum; dagegen ginge die constitutionis regula trotz der in dem Worte liegenden Anspielung auf constitutum wieder auf die lex der 'metae lege comprehensae'; dies paßt aber gar nicht für den Fall

---

[1]) So etwa wie in unserem BGB. der annus utilis für die Anfechtung wegen Drohung nicht über das tricennium continuum hinaus kann. — [2]) Man würde dann statt quocumque flagitante vermuten —: minore flagitante.

der maiores, da dieser in der c. 2 C. Th. 2, 16 eben nicht steht. Nimmt man also an, daß 'ut iam constitutum est' von den Theodosianern mit falscher Bezugnahme auf c. 2 hineingeschoben ist, so ist die Folgerung kaum zu vermeiden, daß auch 'lege comprehensas' und 'constitutionis regula' erst von ihnen herrühren und daß die ursprüngliche Verfügung des Konstantin den Normalfall der in integrum restitutio maiorum im Auge hatte und dementsprechend 'intra metas anni' und 'ultra annum' statt 'intra metas lege comprehensas' und 'ultra constitutionis regulam' sagte.

Aber auch wenn man 'ut iam constitutum est' dem Konstantin zuschreibt, ist die Frage durchaus erwägenswert, ob nicht das ursprüngliche Gesetz doch den annus utilis anführte und erst die Redaktoren des Theodosianus jene mysteriösen Beziehungen, ihrerseits auf c. 2 zielend, hineinbrachten.

Ich gebe nun zunächst eine Übersicht über das Vorkommen von meta, spatium, comprehendo, praedictus im Theodosianus.[1]) Die Gliederung der Stellen rührt von Herrn Lehramtspraktikanten H. Haas her, einem der Herren, dic an dem Index zum Theodosianus tätig sind.

meta.

I. Von der Zeit. A. intra metas. a) Jahresfristen. 1. intra anni metas 12, 6, 2, 6. 325; 12, 1, 161, 1². 399; 11, 7, 16, 3. 401; 9, 36, 2, 10. 409; 10, 10, 27, 11². *415*; 8, 8, 9, 4. 416; 10, 10, 31, 4. 422; intra annui temporis metas 7, 18, 6, 2. 382. 2. intra alterius autem triennii metas 8, 1, 17, 5. 433. b) Unbestimmte Zeiten. *α*) intra. 1. definiti temporis 12, 19, 3, 5. 400. 2. constituti temporis metas. Sirm. 16, 9². 408; 13, 9, 6, 6. 412. *β*) intra. 1. praescribtas causae cognoscendae metas 10, 15, 3, 3. 340. 2. metas lege comprehensas 2, 7, 2, 3. 327. — B. usque in metas. usque in undecimi (anni) metas 3, 5, 11, 5. 380. — C. per metas. 1. per anni metas 10, 10, 30, 16. 421. 2. per longae militiae metas 6, 28, 8, 8. 435. — D. post metas. 1. post anni metas 3, 16, 2, 21. 421. 2. post expletas lustralis

[1]) Auf Grund des Heidelberger Index, der, im Hauptexemplar vollendet, für die Nebenexemplare im Druck ist.

sollicitudinis metas 14, 4, 9, 6. 417. — E. ad metas. 1. ad metas triennii pervenire 6, 26, 6, 4. 396; 6, 30, 14, 3. 396. 2. ad metas vicesimi et quinti anni 3, 32, 1, 4. *322*. — F. verschiedene Kasus. 1. anni metae 2, 8, 25, 3. 409; 11, 30, 67, 5. 423. 2. temporis meta 11, 31, 1, 5. 364; 16, 7, 3, 6[2]. 383; 5, 11, 11, 3. 386; Sirm. 8, 14. 386; metas temporis praestituti 9, 40, 22, 2. 414. 3. nullis intercepta metis 13, 11, 5, 7. 393. 4. metas comprimere 2, 18, 1, 6. 321. II. vom Ort: extra metas propriae civitatis 12, 1, 174, 2. 412.

spatium.

I. Von der Zeit. A. intra spatium. a) Jahresfristen. 1. intra anni spatium 9, 1, 2, 2. 319; 13, 9, 1, 2[2]. 372; 3, 8, 1, 2. 381; 11, 30, 45, 6. 385; 9, 27, 7, 4. 390; 7, 4, 26, 4. 401; 5, 16, 33, 2. 412. 2. intra biennii spatia 2, 15, 1, 8[2]. 319 (vgl. 3, 5, 4, 3. 332). 3. intra X annorum spatia 11, 20, 4, 12. 423. b) Monatsfristen. intra mensis spatium 9, 1, 7, 2. 388. c) allgemeine Fristen. 1. intra spatium lege receptum 2, 7, 2, 6. 327. 2. intra breve spatium 9, 40, 22, 6. 414. — B. ultra spatium. 1. ultra annui temporis spatium 12, 12, 2, 2. 356. 2. ultra XXX annorum spatium 4, 14, 1, 3. 424. 3. ultra hoc temporis spatium 8, 6, 2, 7. 392. — C. per spatium. 1. per totius anni spatia 6, 27, 8, 4. 396. 2. per X (XXX) annorum spatia 6, 35, 12, 2. 383; 4, 8, 9, 3. 393. 3. per haec spatia 9, 1, 5, 1[2]. *326*. — D. post spatium. 1. post unius sive biennii spatia 6, 24, 5, 4. *393*. 2. unbestimmte Fristen 4, 22, 1, 17. 326; 5, 15, 14, 4. 364. — E. usque ad spatium 2, 24, 2, 1[2]. 327. — F. Die Kasus. a) Jahresfristen. 1. (unius) anni spatium 10, 1, 4, 2. 320; 9, 19, 2, 12[2]. *326*; 13, 9, 1, 4[2]. 372; 1, 7, 3, 4. 398; 11, 1, 25, 1[2]. 398; 10, 10, 27, 6[2]. *415*; 8, 8, 9, 7. 416; 10, 10, 31, 2. 422; annuum spatium 10, 1, 1, 5. 315. 2. biennii spatium 3, 5, 4, 3. 332; 6, 33, 1, 3. 416. 3. complur. annorum spatia 8, 1, 9, 9. 365; 8, 1, 9, 12. 365; 13, 6, 3, 2. 368; 13, 9, 3, 16. 380; 12, 1, 154, 3. 397; 12, 1, 171, 7. 409; 4, 14, 1, 13[2]. 424; 4, 14, 1, 15[2]. 424; 4, 14, 1, 20[2]. 424. b) Monatsfristen 12, 1, 2, 2. 315; 11, 30, 10, 5—6. 320; 11, 9, 1, 5. 323; 7, 12, 2, 4. 379; 5, 11, 11, 5. 386; 2, 7, 3, 3. 399; 10, 10, 27, 22[2]. *415*; 13, 11, 16, 10[2]. 417. c) Tagesfristen 11, 30, 32, 3. 364; 7, 4, 16, 2. 370; 9, 2, 3, 7. 380; 11, 30, 46, 3—1[2]. 385; 11, 31, 9, 13.

423. d) unbestimmte Zeitfristen 12, 1, 1, 4. 313 certo temporis spatio; 2, 7, 2, 9. 327 spatio superstite; 9, 40, 4, 2. *346* spatium ..... temporis; 11, 31, 1, 3. 364 .... exhaustum postulet spatium; 13, 10, 5, 3. 367 spatia praestituta; 11, 31, 6, 3. *373* interiectorum spatiorum; 5, 14, 30, 13. 386 temporis spatio; 3, 3, 1, 4. 391 non minimi temporis spatio; 6, 4, 34, 11. 408 longis..... spatiis; 11, 30, 64, 21. 412 adiecti temporis spatium; 9, 40, 23, 2. 416 certo temporis spatio. e) spatium ohne Attribut 2, 16, 2, 3. *315*; 9, 19, 4, 5. 376; 6, 27, 15, 2. 412; 4, 14, 1, 18^{2}. 424. II. Vom Ort 2, 26, 3, 3. 331; 9, 42, 7, 5. 369; 13, 6, 7, 1^{2}. 375; 10, 24, 3, 2^{2}. 381; 15, 2, 3, 5. *382*; 5, 14, 30, 24. 386; 2, 26, 5, 4. 392; 1, 15, 13, 2. 389; 15, 1, 38, 3. 398; 7, 15, 1, 1. 409; 7, 15, 1, 4^{2}. 409; 16, 5, 53, 6. *412*; 14, 6, 5, 2. 419; 2, 23, 1, 3. 423; 2, 23, 1, 11. 423; 15, 1, 53, 7. 425; 9, 45, 4, 10. 431; 9, 45, 4, 5^{3}. 431.

comprehendo.

I. in der Bedeutung „einen ergreifen" 9, 15, 1, 3^{2}. 318; 4, 6, 3, 27. 336; 9, 2, 2, 3. 365; 9, 2, 2, 7^{2}. 365; 10, 19, 5, 3. 369; 7, 18, 7, 3. 383; 8, 1, 14, 4^{2}. 398; 16, 5, 36, 5^{2}. 399; 7, 18, 11, 2. 403; 7, 18, 11, 2. 403; 7, 18, 12, 2. 403; 16, 4, 5, 3. 404; 8, 4, 23, 4. 412; 16, 5, 58, 13^{2}. 415; 16, 10, 23, 2. 423. II. „zum Militär einstellen" (ad militiam comprehendi) 13, 3, 3, 7. 333; 13, 3, 10, 4. *370*. III. schola comprehendi 6, 24, 3, 2. 364. IV. lege, constitutione *etc.* comprehendi. 1. lege comprehendi 4, 8, 6, 13^{2}. 323; 2, 7, 2, 3. 327; 12, 1, 123, 3^{2}. 391; sententia legis comprehendi 6, 35, 6, 3. 364; 5, 1, 5, 5. *396*. 2. constitutio comprehendit 11, 31, 4, 2. 369; 9, 39, 2, 2. 385; 6, 30, 13, 3. 395. 3. iure veteri comprehensum est 4, 11, 2, 4. 349. 4. praeceptis comprehendere Sirm. 6, 13^{2}. 425. 5. scito comprehendere 8, 15, 6, 3^{2}. 380. 6. brevi(-bus) comprehendi 13, 4, 2, 1. 337; 14, 9, 1, 18. 370. 7. scribtione comprehendi 9, 40, 2, 4. 315. 8. describtio conprehendit 9, 42, 7, 4. 369. 9. suggestio (matricula) comprehendit nomen 8, 4, 29, 2. 428; 16, 2, 15, 5^{2}. *360*; nomen inferentis ..... comprehenditur securitatibus 12, 1, 173, 10. 410. 10. fiscalis publicatio comprehendit 16, 6, 2, 3^{2}. 377. 11. forma oraculi comprehendit 2, 23, 1, 11. 423. V. supra comprehensum est vel sim. a) 5, 1, 1, 16. *321*; 4, 8, 6. 7^{2}. 323; 12, 1, 74, 15^{2}. 371; 16, 5, 40, 15^{2}. 407;

sollicitudinis metas 14, 4, 9, 6. 417. — E. ad metas. 1. ad metas triennii pervenire 6, 26, 6, 4. 396; 6, 30, 14, 3. 396. 2. ad metas vicesimi et quinti anni 3, 32, 1, 4. *322*. — F. verschiedene Kasus. 1. anni metae 2, 8, 25, 3. 409; 11, 30, 67, 5. 423. 2. temporis meta 11, 31, 1, 5. 364; 16, 7, 3, 6[2]. 383; 5, 11, 11, 3. 386; Sirm. 8, 14. 386; metas temporis praestituti 9, 40, 22, 2. 414. 3. nullis intercepta metis 13, 11, 5, 7. 393. 4. metas comprimere 2, 18, 1, 6. 321. II. vom Ort: extra metas propriae civitatis 12, 1, 174, 2. 412.

spatium.

I. Von der Zeit. A. intra spatium. a) Jahresfristen. 1. intra anni spatium 9, 1, 2, 2. 319; 13, 9, 1, 2[2]. 372; 3, 8, 1, 2. 381; 11, 30, 45, 6. 385; 9, 27, 7, 4. 390; 7, 4, 26, 4. 401; 5, 16, 33, 2. 412. 2. intra biennii spatia 2, 15, 1, 8[2]. 319 (vgl. 3, 5, 4, 3. 332). 3. intra X annorum spatia 11, 20, 4, 12. 423. b) Monatsfristen. intra mensis spatium 9, 1, 7, 2. 388. c) allgemeine Fristen. 1. intra spatium lege receptum 2, 7, 2, 6. 327. 2. intra breve spatium 9, 40, 22, 6. 414. — B. ultra spatium. 1. ultra annui temporis spatium 12, 12, 2, 2. 356. 2. ultra XXX annorum spatium 4, 14, 1, 3. 424. 3. ultra hoc temporis spatium 8, 6, 2, 7. 392. — C. per spatium. 1. per totius anni spatia 6, 27, 8, 4. 396. 2. per X (XXX) annorum spatia 6, 35, 12, 2. 383; 4, 8, 9, 3. 393. 3. per haec spatia 9, 1, 5, 1[2]. *326*. — D. post spatium. 1. post unius sive biennii spatia 6, 24, 5, 4. *393*. 2. unbestimmte Fristen 4, 22, 1, 17. 326; 5, 15, 14, 4. 364. — E. usque ad spatium 2, 24, 2, 1[2]. 327. — F. Die Kasus. a) Jahresfristen. 1. (unius) anni spatium 10, 1, 4, 2. 320; 9, 19, 2, 12[2]. *326*; 13, 9, 1, 4[2]. 372; 1, 7, 3, 4. 398; 11, 1, 25, 1[2]. 398; 10, 10, 27, 6[2]. *415*; 8, 8, 9, 7. 416; 10, 10, 31, 2. 422; annuum spatium 10, 1, 1, 5. 315. 2. biennii spatium 3, 5, 4, 3. 332; 6, 33, 1, 3. 416. 3. complur. annorum spatia 8, 1, 9, 9. 365; 8, 1, 9, 12. 365; 13, 6, 3, 2. 368; 13, 9, 3, 16. 380; 12, 1, 154, 3. 397; 12, 1, 171, 7. 409; 4, 14, 1, 13[2]. 424; 4, 14, 1, 15[2]. 424; 4, 14, 1, 20[2]. 424. b) Monatsfristen 12, 1, 2, 2. 315; 11, 30, 10, 5—6. 320; 11, 9, 1, 5. 323; 7, 12, 2, 4. 379; 5, 11, 11, 5. 386; 2, 7, 3, 3. 399; 10, 10, 27, 22[2]. *415*; 13, 11, 16, 10[2]. 417. c) Tagesfristen 11, 30, 32, 3. 364; 7, 4, 16, 2. 370; 9, 2, 3, 7. 380; 11, 30, 46, 3—1[2]. 385; 11, 31, 9, 13.

423. d) unbestimmte Zeitfristen 12, 1, 1, 4. 313 certo temporis spatio; 2, 7, 2, 9. 327 spatio superstite; 9, 40, 4, 2. *346* spatium ..... temporis; 11, 31, 1, 3. 364 .... exhaustum postulet spatium; 13, 10, 5, 3. 367 spatia praestituta; 11, 31, 6, 3. *373* interiectorum spatiorum; 5, 14, 30, 13. 386 temporis spatio; 3, 3, 1, 4. 391 non minimi temporis spatio; 6, 4, 34, 11. 408 longis.....spatiis; 11, 30, 64, 21. 412 adiecti temporis spatium; 9, 40, 23, 2. 416 certo temporis spatio. e) spatium ohne Attribut 2, 16, 2, 3. *315*; 9, 19, 4, 5. 376; 6, 27, 15, 2. 412; 4, 14, 1, 18^2. 424. II. Vom Ort 2, 26, 3, 3. 331; 9, 42, 7, 5. 369; 13, 6, 7, 1^2. 375; 10, 24, 3, 2^2. 381; 15, 2, 3, 5. *382*; 5, 14, 30, 24. 386; 2, 26, 5, 4. 392; 1, 15, 13, 2. 389; 15, 1, 38, 3. 398; 7, 15, 1, 1. 409; 7, 15, 1, 4^2. 409; 16, 5, 53, 6. *412*; 14, 6, 5, 2. 419; 2, 23, 1, 3. 423; 2, 23, 1, 11. 423; 15, 1, 53, 7. 425; 9, 45, 4, 10. 431; 9, 45, 4, 5^3. 431.

comprehendo.

I. in der Bedeutung „einen ergreifen“ 9, 15, 1, 3^2. 318; 4, 6, 3, 27. 336; 9, 2, 2, 3. 365; 9, 2, 2, 7^2. 365; 10, 19, 5, 3. 369; 7, 18, 7, 3. 383; 8, 1, 14, 4^2. 398; 16, 5, 36, 5^2. 399; 7, 18, 11, 2. 403; 7, 18, 11, 2. 403; 7, 18, 12, 2. 403; 16, 4, 5, 3. 404; 8, 4, 23, 4. 412; 16, 5, 58, 13^2. 415; 16, 10, 23, 2. 423. II. „zum Militär einstellen“ (ad militiam comprehendi) 13, 3, 3, 7. 333; 13, 3, 10, 4. *370*. III. schola comprehendi 6, 24, 3, 2. 364. IV. lege, constitutione *etc.* comprehendi. 1. lege comprehendi 4, 8, 6, 13^2. 323; 2, 7, 2, 3. 327; 12, 1, 123, 3^2. 391; sententia legis comprehendi 6, 35, 6, 3. 364; 5, 1, 5, 5. *396*. 2. constitutio comprehendit 11, 31, 4, 2. 369; 9, 39, 2, 2. 385; 6, 30, 13, 3. 395. 3. iure veteri comprehensum est 4, 11, 2, 4. 349. 4. praeceptis comprehendere Sirm. 6, 13^2. 425. 5. scito comprehendere 8, 15, 6, 3^2. 380. 6. brevi(-bus) comprehendi 13, 4, 2, 1. 337; 14, 9, 1, 18. 370. 7. scribtione comprehendi 9, 40, 2, 4. 315. 8. describtio conprehendit 9, 42, 7, 4. 369. 9. suggestio (matricula) comprehendit nomen 8, 4, 29, 2. 428; 16, 2, 15, 5^2. *360*; nomen inferentis ..... comprehenditur securitatibus 12, 1, 173, 10. 410. 10. fiscalis publicatio comprehendit 16, 6, 2, 3^2. 377. 11. forma oraculi comprehendit 2, 23, 1, 11. 423. V. supra comprehensum est vel sim. a) 5, 1, 1, 16. *321*; 4, 8, 6. 7^2. 323; 12, 1, 74, 15^2. 371; 16, 5, 40, 15^2. 407;

11, 28, 12, 6. 416. b) Dasselbe ohne supra 5, 15, 17, 12. 364 comprehensus princeps; 9, 42, 9, 9. 380 comprehensorum graduum; 16, 2, 27, 12. 390 personas specialiter comprehensas; 5, 18, 1, 13. 419 intra comprehensum tempus. VI. Verschiedenes. 1. modum comprehendere 11, 1, 3, 3. 336; 10, 12, 2, 15[2]. *368*. 2. series comprehendit. a) series omnem omnino causam comprehendit 11, 29, 4, 3. 369. b) series indulgentiae debitores comprehendit 11, 28, 1, 1, 6. 416. 3. quid pro diversitate dierum praeceperit comprehendi 12, 1, 2, 3. 315.

praedictum tempus.

12, 1, 64, 3. *368* intra praedicti temporis calcem, wozu zu vergleichen 7, 1, 6, 4: quinque et viginta annis in militia decursis; 4, 8, 9, 5[2]. 393 nec super scriptione praedicti temporis privilegium militare defendit, wozu zu vergleichen Z. 2: hoc est per viginti annorum spatia; 6, 35, 14, 6. 423 in cohortalinorum autem militia praedicta tempora propaganda censemus, wozu zu vergleichen Z. 4 quindecennii transcurso curriculo: 11, 20, 6, 10. 430 praedicto tempore, wozu zu vergleichen Z. 3f.: a principio imperii divae recordationis Arcadii......... in praesentem diem; ähnlich ist: 13, 6, 10, 4. 423 praedictae annositatis cursum, wozu zu vergleichen Z. 2: per quinquaginta annorum cursum.

Die lexikalische Methode liefert hier nicht die reinen Resultate, die vor einem Vierteljahrhundert bei constitutum tempus für die Digesten in dieser Zeitschrift aufgewiesen wurden; so sehr 'meta anni, biennii, triennii' überwiegt und so wenig 'meta constituti temporis' etwas für 'metas lege comprehensas' beweist, bei welchem gerade temporis fehlt, so ist doch 'intra praescribtas rei cognoscendae metas', wodurch auf die Fristen des ersten Teiles der von den Theodosianern zerschnittenen Konstitution (2,6,5 und 10,15,3) hingewiesen wurde, der Redensart unseres Gesetzes viel ähnlicher; und so viel häufiger auch spatium durch die Nennung eben dieses Zeitraumes individualisiert wird, so findet sich doch gerade in 2, 16, 2 das bloße spatia ohne genetivischen Zusatz Eher ist schon hervorzuheben, daß praedictum tempus sich sonst doch nur auf eine scharf bestimmte Zeit bezieht

und daß das Aufeinanderprallen von spatium lege receptum und praedictum tempus zur Bezeichnung derselben Frist, wo das zweitemal ein eius genügen würde, auffällig genannt werden muß. Es muß daher die Frage aufgeworfen werden, ob nicht durch theodosianisches Mißverständnis zwei Bezugnahmen auf seiten Konstantins verwirrt und dementsprechend eine Zeitbestimmung wie annus durch neutrale Floskeln ersetzt worden ist.

III. Die Verjährung der Actio de dolo.

c. un. 2, 15 ist auch im Codex Justinianus erhalten.

Optimum duximus non ex eo die quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit neque intra anni utilis tempus sed potius ex eo die quo adseritur commissus dolus, intra continuum

Th.	C. J.
tempus anni eis quibus esse decertandi ius invenitur, eiusmodi actionem causa cognita deferri, ita ut si forte is contra quem res agitur, longius ullo genere discesserit, nec denuntiandi necessitate petitor oneretur, nec eius qui aberit praesentia postuletur	biennium de dolo actionem moveri sive afuerit sive praesto est is qui dolum se passum esse conqueratur.

Mommsen in der Ausgabe des Theodosianus bemerkt zu anni: *parum recte conciliari cum sequentibus intellexerunt Iustiniani:* die resumierende Schlußklausel des Gesetzes geht auf biennium, nicht auf annus. Mommsen entscheidet sich damit nicht für den Justinianus, sondern läßt die ganze Frage, ob annus oder biennium, unentschieden.

Ich bekenne, daß mir anni als ursprüngliche Verfügung wahrscheinlicher dünkt:

Die Tendenz, welche die Pandektendoktrin dem Gesetzgeber — und für Justinianus natürlich mit Recht — zuschrieb, ist diese: Konstantin wollte die Unsicherheit, die das tempus utile sowohl ratione initii, wie ratione cursus hat, vermieden wissen, und sowie einer für eine unsichere Forderung von 200 ℓ wohl bare 100 ℓ nimmt, so gab er, nachdem er das initium stabiliert hatte, für den cursus 2 Jahre fort-

laufender Zeit als Gegenwert eines Jahres tauglicher Zeit — es wäre dann anni ein Fehler in der Überlieferung.

Sieht man sich aber den Anfang im Theodosianus genauer an, so erhält man nicht den Eindruck einer Ausgleichung, sondern lediglich den einer Verkürzung der Frist: es soll nicht a die scientiae und nicht innerhalb eines tauglichen Jahres, sondern a die commissi innerhalb eines fortlaufenden Jahres 'eiusmodi actio', — nach Prüfung, deferiert werden.

Wäre auch eine Verlängerung der Frist beabsichtigt gewesen, so hätte kaum von einer Gegensatzpartikel Abstand genommen werden können, ja es hätten sich wohl zwei Sätze statt des einen empfohlen. Überdies deutet 'eiusmodi actionem' sich in dem Rahmen des Erhaltenen nicht aus. Es muß der Kaiser vor optimum duximus Gründe angeführt haben, warum er mit der doli actio es anders vorhabe; und die vorher genannt gewesene doli actio bezeichnet er nun eben deshalb als eiusmodi actio.

Auch in dem Mittelstück des Gesetzes ist die Tendenz Verkürzung, indem eine Prozeßverjährung von zwei Jahren allererst aufgestellt wird, — exemplo litium ceterarum. Ein gewisses Entgelt für die Verkürzung ist, daß, wenn der Beklagte abwesend ist, ihm weder denuntiiert werden muß, noch seine Anwesenheit gefordert wird; insofern hat es der Kläger leichter. Es ist also wahrscheinlich von Konstantin wirklich annus continuus beabsichtigt, und später durch willentliche oder zufällige Verwechslung biennium für die Klagverjährung hineingekommen.

IX.

Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum.

Von

Herrn Professor **P. F. Girard**

in Paris.

Les lois désignées dans les sources sous le nom général de *leges Iuliae iudiciariae* ou sous les noms distincts de *lex Iulia iudiciorum publicorum* et de *lex Iulia iudiciorum privatorum,* ou sous d'autres dénominations équivalentes[1]) sont,

---

[1]) Tous les textes où se rencontrent ces expressions étant reproduits dans le cours de la présente étude, nous donnons seulement ici un tableau d'ensemble avec renvoi aux notes où sont les textes. Pour la désignation collective, le hasard fait que nous n'avons nulle part l'expression complète *leges Iuliae iudiciariae.* Mais nous avons un texte parlant de *leges iudiciariae* d'Auguste (Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4: p. 319, n. 1); un autre parlant de *duae (leges) Iuliae* en procédure (Gaius, 4, 30, p. 331, n. 2); un citant une *lex Iulia iudiciaria* en procédure civile (Gaius, 4, 104: p. 332, n. 2); un autre en citant une en procédure criminelle (Modestin, *2 de poenis, D.*, 48, 14, 1, 4: p. 304, n. 3). Quant aux dénominations distinctes, nous trouvons: pour la procédure criminelle, outre *lex Iulia iudiciaria* du texte précité de Modestin (p. 304, n. 3), *lex Iulia iudiciorum publicorum* (Paul, *2 ad legem Iuliam et Papiam, D.*, 22, 5, 4: p. 325, n. 2; Venuleius Saturninus, *2 de iud. publ., D.*, 48, 2, 12, 2: p. 330, n. 1), *lex Iulia publicorum* (Ulpien, *De off. praet. tut., F. V.*, 197: p. 330, n. 4. Paul, *3 de adult., D.*, 48, 2, 3, *pr.*: p. 329, n. 3; Macer, *1 public. iud., D.*, 47, 15, 3, 1: p. 329, n. 2, et probablement par interpolation ou corruption Ulpien, *6 ad ed., D.*, 48, 19, 32: p. 326, n. 2 et *69 ad ed., D.*, 43, 16, 1, 2: p. 326, n. 2); *lex iudiciorum publicorum* (Paul, *lib. sing. de gradibus D.*, 38, 10, 10, *pr.*: p. 330, n. 2); *lex publicorum* (Papinien, *1 de adult. D.*, 48, 2, 2, *pr.*: p. 229, n. 1 et *D.*, 48, 3, 2, *pr.*: p. 330, n. 2; Ulpien, *de off. praet. tut., F. V.*, 198, p. 330, n. 4) *lex Iulia* (Asconius, *in Scaur.*, p. 23 ed. Stangl: p. 331, n. 1) *lex* (Dioclétien, *C.*, 9, 11, 16: p. 330, n. 1 rapproché de Venuleius, *D.*, 48, 2, 12, 2; Paul, *3 de adult., D.*, 48, 3, 2, 1: p. 330, n. 2, rapproché de *D.*, 48, 3, 2, *pr.*); pour la procédure civile, *lex Iulia iudiciaria* (texte précité de Gaius, 4, 104: p. 332, n. 2); *lex Iulia iudiciorum*

comme on sait, des lois dont les savants modernes discutent si elles sont de César ou d'Auguste, mais dont ils reconnaissent qu'elles ne peuvent être que de l'un ou de l'autre et qu'ils considèrent unanimement comme des lois d'ensemble rendues pour donner leur statut définitif à la procédure criminelle des *quaestiones perpetuae*[1]) et à la procé-

(Ulpien, *3 ad ed.*, *D.*, 5, 1, 2, 1: p. 334, n. 1): *lex Iulia privatorum* (Ulpien, *de off. praet. tut.*, *F. V.*, 197: p. 330, n. 4; et textes corrompus ou interpolés du même, *6 ad ed.*, *D.*, 48, 19, 32, et *69 ad ed.*, *D.*, 43, 16, 1, 2: p. 326, n. 2); *lex quae de iudiciis privatis lata est* (Auguste, édit de Venafrum: p. 337, n. 1); *lex privatorum* (Ulpien, *De off. praet. tut.*, *F. V.*, 198: p. 330, n. 4); *lex Iulia* (Aulu-Gelle, 14, 2, 1: p. 367, n. 2; Gaius, 4, 104: p. 332, n. 2; Ulpien, *3 ad ed.*, *D.*, 4, 8, 9, 2: p. 333, n. 1; Callistrate, *1 ed. mon.*, *D.*, 4, 8, 41: p. 333, n. 2), Gaius d'Autun, 99: p. 332, n. 2), *lex* (Trebatius chez Paul, *11 ad ed.*, *D.*, 4, 3, 18, 4: p. 332, n. 2; Ulpien, *77 ad ed.*, *D.*, 2, 12, 6: p. 337, n. 1). — Le tableau symétrique à celui-ci donné par M. Voigt aux pages 486—488 de l'étude citée p. 299, n. 1, en diffère en ce qu'il omet le texte de Dioclétien, *C.*, 9, 11, 16; celui de Paul, *D.*, 48, 3, 2, 1 et celui postérieurement découvert des fragments d'Autun, 99; en ce qu'il signale inexactement l'édit de Venafrum comme contenant l'expression *lex Iulia de iudiciis privatis*; en ce qu'il donne en plus Ulpien, *18 ad ed.*, *D.*, 9, 2, 29, 7: p. 338, n. 2; Paul, *2 ad ed.*, *D.*, 2, 1, 6: p. 338, n. 2; Papinien, *1 quaest.*, *D.*, 1, 21, 1, 1: p. 338, n. 2; Alexandre Sévère, *C.*, 9, 2, 3: p. 338, n. 1 et les textes signalés p. 328, n. 1 qui mentionnent la *lex Iulia de cessione bonorum*, en présentant d'ailleurs encore inexactement la constitution d'Alexandre Sévère comme portant *lex iudiciorum publicorum* au lieu de *leges iudiciorum publicorum* et celle de Dioclétien, *C.*, 7, 71, 4, comme portant *lex Iulia*, au lieu de *lex Iulia de bonis cedendis*.

[1]) Les *quaestiones perpetuae* sont, dans la terminologie des interprètes modernes, par opposition aux *quaestiones extraordinariae* instituées à titre exceptionnel pour punir une ou plusieurs infractions concrètes, les jurys spéciaux permanents qui ont été successivement constitués depuis le VIIe siècle de Rome par des lois spéciales, en général sous la présidence de préteurs, pour prononcer sur l'accusation d'un particulier, ordinairement sur l'accusation du premier venu, la peine portée par leur loi d'institution contre l'infraction précise visée par cette loi d'institution. Le terme est si usité qu'on ne peut guère éviter de l'employer, mais il faut remarquer qu'il est étranger à la langue technique des Romains où on ne le trouve que dans un texte de Cicéron (*Brut.*, 27, 106; cf. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 196, n. 1) et que l'on fausse même d'ordinaire l'interprétation de ce texte de Cicéron en y donnant à l'expression un sens technique qu'elle n'a acquis que chez les interprètes modernes (v. Girard, *Z. S. St.*, 1893, p. 45, n. 1 = *Mélanges de Droit Romain*, 1, 1912, p. 104, n. 3; cf. H. F. Hitzig, *Die Herkunft des Schwurgerichtes im römischen Strafprozeß*,

dure civile des formules.[1]) De même que sur la plupart des lois relatives à la procédure civile ou criminelle les informa-

Zürich, 1909). Nous ne nous en occupons d'ailleurs ici que dans la mesure où notre sujet l'exige.

[1]) Cette notion générale reste exacte pour les *iudicia privata*, quoique le législateur ait aussi réglé le maintien exceptionnel des *legis actiones*, et elle le resterait pareillement pour les *iudicia publica*, quand bien même il se serait occupé accessoirement, à côté des procès déférés aux *quaestiones perpetuae* suivant leur système accusatoire propre, de ceux déférés aux comices, suivant le système antérieur, ou de ceux jugés par le magistrat sans accusation en forme, suivant le système postérieur du Principat. On doit seulement se demander dans quelle acception nos lois sont appelées *iudiciariae*, *iudiciorum publicorum* et *iudiciorum privatorum*. Cette acception peut, à notre avis, être discernée assez nettement, malgré les controverses connues provoquées par le sens du mot *iudicium* (v. d'un côté Wlassak, *Römische Prozeßgesetze*, 1888. 1891; *Litiskontestation im Formularprozeß*, 1889 etc.; et de l'autre B. Kuebler, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 137—181; ajouter P. Huvelin, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 349—351), en particulier en partant de l'opposition dans laquelle sont mis les *iudicia publica* et les *iudicia privata*, certainement depuis les lois *Iuliae* et peut-être dès auparavant (cf. la *lex Aurelia de iudiciis privatis* proposée par le consul de 679/75 C. Aurelius Cotta et abrogée l'année suivante par son frère M. Aurelius Cotta, signalée dans le passage trop négligé d'Asconius, *In Cornel.*, éd. Orelli, p. 67, éd. Stangl. p. 54). Le *iudicium publicum* est le procès intenté, d'après une interprétation, dans l'intérêt public, et, d'après une autre, par le premier venu et par corrélation le *iudicium privatum* est le procès intenté, d'après la première interprétation, dans l'intérêt privé, et d'après la seconde, par le particulier intéressé. La première interprétation de *publicum*, qui est celle de Mommsen, *Römisches Strafrecht*, pp. 180, n. 2. 186—187, est appuyée sur le raisonnement. La seconde, qui est repoussée par lui et qui l'avait été auparavant par Brisson, est celle des jurisconsultes romains (Justinien, *Inst.*, 4, 18, 1, sans doute d'après un jurisconsulte classique: Marcien? Paul, *Inst.*?; Ulpien, *1 ad leg. Iul. et Pap.*, *D.*, 23, 2, 43, 10 et les autres textes cités par Mommsen lui-même, *Strafrecht*, p. 192, n. 4). On peut ne pas se prononcer entre elles; seulement celle des jurisconsultes romains, qui ont pu se tromper sur une étymologie, mais qui n'ont pas pu se tromper sur la langue de leur temps, implique que *iudicium* voulait dire, dans *iudicium publicum*, et par corrélation, dans *iudicium privatum*, non pas, suivant une acception plus connue des auteurs modernes que des textes anciens, tribunal, ni même, suivant une autre acception qui est probablement la plus ancienne et qui paraît par exemple être celle de la loi Acilia, l. 11, acte de juge, jugement, mais, suivant une autre acception dans laquelle le mot peut, par exemple, être déjà pris

tions contenues sur elles dans les sources sont trop mutilées et trop fragmentaires pour ne pas impliquer une grande quantité d'incertitudes et d'ignorances qui ne pourraient être écartées que par la découverte de monuments nouveaux.

---

par un autre monument qui n'est guère plus ancien, par la loi latine de Bantia, l. 2, procès; car les jurisconsultes n'ont pas pu dire qu'un tribunal, ni même qu'un jugement s'appelle *publicum* parce qu' il peut être intenté par le premier venu. Quant à l'expression *lex iudiciaria*, elle a un sens tout à fait symétrique au moins sous l'Empire, si elle en a eu auparavant un autre où elle désignait seulement les lois sur les *iudices*, sur le recrutement des jurés. Elle désigne les lois sur les jurés chez Cicéron, *De inv.*, 1, 49, 92, où elle est employée pour la loi Servilia *iudiciaria* de 648/106 destinée à rendre plus ou moins intégralement les jurys aux sénateurs; *In Pis.*, 39, 94, où elle se rapporte à la loi Pompeia *iudiciaria* de 699/55; *Philipp.*, 5, 5, 12 et 6, 9, 27, où elle se rapporte à la loi Antonia de 710, et sans doute aussi par conséquent 1, 8, 19, où Cicéron parle de *leges iudiciariae* de César (p. 303, n. 2); chez Asconius, *In Pis.*, éd. Orelli, p. 16, éd. Stangl. p. 21, au sujet de la loi Aurelia de 680/74 qui partagea les jurys entre les sénateurs, les chevaliers et les *tribuni aerarii*; enfin chez Florus, 2, 5, 3, à la vérité dans une formule traditionelle pour désigner la loi sur le jury de C. Gracchus. Mais en revanche elle ne peut s'entendre que d'une loi sur les procès, sur la procédure, non-seulement au IV[e] siècle ou au début du V[e], dans le texte de Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4, sur les congés des Saturnales établis par les *leges iudiciariae* d'Auguste (p. 319, n. 1), ou dans un texte un peu antérieur des scolies de Bobbio sur Cicéron, *Pro Flacco*, éd. Orelli, p. 335, éd. Stangl., p. 97, qualifiant de *lex iudiciaria* la loi proposée en 695/59 par Q. Fufius Calenus sur l'émission des votes des jurés et non pas sur leur recrutement, mais au III[e] siècle, dans le texte de Modestin, 2 *de poenis, D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3) sur la prohibition des visites aux jurés adressée aux parties par la *lex Iulia iudiciaria*, au temps des Antonins, dans celui de Gaius, 4, 104 (p. 332, n. 2) sur l'expiration des procès par dix-huit mois résultant de la *lex Iulia iudiciaria* et enfin presqu'au même temps où le mot se rencontre pour la dernière fois employé dans l'ancienne acception chez Florus, dans un texte de Suétone, *Aug.*, 56, 2, où Suétone rapporte d'Auguste qu'il voulait que ses amis eux-mêmes *pari iure essent quo coeteri legibusque iudiciariis aeque tenerentur* et où, faute d'entendre l'expression des lois sur la procédure on a proposé des traductions forcées ou des corrections superflues; cf., pour les traductions, Georges, *Handwörterbuch*, 2[7] v[o] *iudiciarius* qui, bien qu'il cite Modestin pour le sens de lois relatives à la procédure, entend le texte dans Suétone des lois appliquées devant les tribunaux et, pour les corrections, la correction *legibusque ac judiciis* de Moddermann rapportée dans les éd. Preudhomme, Leide, 1906, et Ihm, Leipzig, 1907.

Mais cependant les commentateurs du droit romain les ont communément, en dehors d'exceptions plus brillantes que nombreuses[1]), traitées d'une façon si sommaire et si discordante, qu'il est permis de se demander si un dépouillement un peu systématique des textes n'aurait pas pour effet de trancher quelques controverses, ou tout au moins de faire justice de quelques erreurs et de dissiper quelques obscurités. C'est ce dépouillement qui est tenté ici.

La méthode qui m'a paru devoir être la plus pratique a été de relever d'abord tous les textes qui parlent de dispositions législatives se rapportant à la justice civile ou criminelle, soit en les attribuant à César, soit en les attribuant à Auguste, soit en les attribuant, sans distinction entre l'un et l'autre, à des lois Iuliae, puis de chercher quelles conclusions peuvent être tirées de l'analyse et du triage des documents ainsi obtenus, quant au contenu, quant à la forme, quant à la date, et même quant au nombre des lois des deux ordres.

I.

Un mot suffira sur la délimitation du cadre de notre inventaire. Nous relevons les textes qui rapportent des dispositions législatives susceptibles d'avoir fait partie des *leges Iuliae iudiciariae*, en laissant provisoirement de côté le point controversé de savoir si ces lois sont de César ou d'Auguste.

---

[1]) Il n'est pas besoin de rappeler les pages brillantes consacrées aux *leges Iuliae iudiciariae* dans les *Römische Prozeßgesetze* de M. Wlassak. L'illustre Mommsen les a touchées avec sa maîtrise ordinaire dans deux passages de son *Strafrecht* (v. p. 323, n. 1) où il en propose même une conception propre que nous aurons à discuter plus loin. Heffter a aussi étudié la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, dont il donne une restitution, *Gai institutionum commentarius quartus*, 1827 pp. 27—31. Mais la seule monographie moderne qui leur soit directement relative est celle de M. Voigt, *Über die leges Iuliae iudiciorum privatorum und publicorum*, *Abhandlungen* de Leipzig, 13, 1893, pp. 471—526, dont la méthode nous semble critiquable. Il faut ensuite, pour trouver d'autres études d'ensemble, remonter jusqu'aux temps antérieurs à la découverte des Institutes de Gaius, où nous nous bornerons à citer la dissertation de Math. Temmink, *ad fragmenta quaedam legis Iuliae de iudiciis*, Utrecht 1734, reproduite dans Oelrichs, *Thesaurus Novus dissertationum*, 2, 2, 1773, pp. 67—106.

La question de savoir si ces lois sont de César ou d'Auguste est provisoirement écartée; nous enregistrons donc à la fois les textes qui parlent des lois Iuliae, ceux qui parlent des lois de César et ceux qui parlent des lois d'Auguste. Mais nous ne comprenons dans notre relevé que les dispositions susceptibles d'avoir appartenu aux *leges Iuliae iudiciariae*. Par conséquent, nous devons éliminer d'abord les textes relatifs à des lois Iuliae proposées par des magistrats autres que César et Auguste: ce qui n'a qu'une importance théorique, car on n'a aucun vestige de lois pareilles en notre matière. Nous devons éliminer ensuite les dispositions attribuées à César ou à Auguste, qui n'ont pas été contenues dans des lois véritables, mais dans des sénatus-consultes ou dans des constitutions impériales; c'est pratiquement moins important qu'on ne pourrait croire; mais nous nous sommes attaché à étudier la question partout où elle pourrait se poser. Enfin, ce qui est plus important encore, nous devons éliminer les textes qui sont relatifs aux dispositions non pas de lois générales, telles que les lois Iuliae *iudiciariae*, mais de lois spéciales telles qu'ont été par exemple les lois Iuliae constitutives de *quaestiones perpetuae* particulières: nous nous sommes appliqué à faire soigneusement cette élimination dans nos trois sections, aussi bien pour les dispositions attribuées à César ou à Auguste que pour celles attribuées aux lois Iuliae.[1])

[1]) On pourrait encore signaler à côté des constitutions impériales et au-dessus d'elles, les lois proprement dites que César et Auguste ont eu l'un et l'autre le droit de rendre en vertu de pouvoir constituants extraordinaires dans une certaine période de leur vie. Mais, ainsi que le remarque Mommsen, *Staatsrecht*, 2³, 1887, p. 726, n. 3, il n'y a aucune des lois organiques de César pour laquelle il soit seulement vraisemblable qu'elle n'ait pas été soumise aux comices. Auguste a, au contraire, certainement usé de ses pouvoirs extraordinaires pour donner à l'Etat sa nouvelle constitution sans le concours des comices (v. le même, pp. 726 et 745, n. 2); mais ce n'est qu'après avoir résigné ses pouvoirs d'exception qu'il a procédé par les rouages constitutionnels à son oeuvre législative proprement dite, et en fait, on peut établir que les lois Iuliae *iudiciariae* ne se placent pas dans la période où il exerçait les pouvoirs extraordinaires acquis par lui en vertu de la loi Titia, le 27 novembre 711/43, et résignés par lui le 13 janvier 727/27.



I. Pour César, que certaines conceptions encore plus littéraires qu' historiques porteraient à considérer comme ayant dû être un législateur très fécond, la moisson est en fait fort pauvre.

En écartant comme on le doit sa loi Iulia *repetundarum* de 695/59[1]), qui est sûrement relative à une *quaestio* parti-

[1]) V. sur les *repetundae* en général, Th. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 705—732; Ferrini, *Diritto penale romano, Enciclopedia giuridica italiana*, 1902, pp. 404—410. Cf. dans la littérature plus ancienne, Rein, *Criminalrecht der Römer*, 1844 pp. 604—672. La loi Iulia *repetundarum*, qui vint réprimer les extorsions des magistrats après les lois Calpurnia de 605/149, Iunia de date indécise, Acilia de 631/123, ou 632/124, Servilia d'un peu avant 643/111 et Cornelia de 673/81, a été rendue par César, d'après de nombreux passages de Cicéron, et pendant son premier consulat de 695/59, d'après les scolies de Bobbio éd. Orelli, p. 310, éd. Stangl. p. 140, dont le témoignage pourrait être confirmé par la combinaison des textes de Cicéron. Nous sommes sur ses pénalités dans une disette de renseignements qui parait dans un contraste surprenant avec l'abondance des textes littéraires et juridiques parlant des *repetundae* et même de la loi Iulia. La raison en est que les textes juridiques tout au moins, au lieu de nous parler des peines appliquées en vertu de la loi Iulia par la *quaestio repetundarum*, nous parlent à peu près exclusivement des peines différentes appliquées aux *repetundae* par la justice du Sénat ou celle du Prince, tout au moins depuis une certaine époque du Principat. Les peines sont alors soit la confiscation et le bannissement, soit d'autres peines purement arbitraires. Au contraire, les peines de la loi Iulia paraissent avoir été exclusivement une amende et certaines déchéances accessoires. Quant à la peine pécuniaire, on admettait communément avant Mommsen, que la peine du double, établie par la loi Acilia, avait été portée au quadruple par la loi Cornelia au plus tard, ainsi que le suppose le faux Asconius éd. Orelli p. 146 et éd. Stangl. p. 219, et serait depuis toujours restée fixée à ce montant dont on rencontre des exemples isolés à l'époque impériale. V. les exemples dans Mommsen, p. 128, n. 2. Mommsen pense, à l'inverse, que la loi Cornelia ramena cette peine du double au simple et il admet, avec une certaine hésitation, que la peine du simple aurait même été conservée par la loi Iulia. Cependant nous avons peine à concevoir que la peine du double, établie par la loi Acilia, ait jamais pu être ramenée au simple, qui ne serait plus une peine, et nous nous demandons si l'allégation du faux Asconius et les exemples isolés du quadruple ne sont pas les vestiges d'un renforcement de pénalité accompli sous la République et maintenu tant qu'a existé la *quaestio*. Quant aux déchéances accessoires, d'autant plus intéressantes quelles constituaient les seules peines pour certains cas, auxquels la qualification de *repetundae* avait

culière, et non pas une loi générale sur la procédure criminelle; en écartant pour la même raison sa loi Iulia *de modo credendi et possidendi intra Italiam*, rendue par lui, selon Tacite, pendant sa dictature, donc entre la fin de 705/49 et le 15 mars 710/44[1]); en écartant enfin ses deux lois sur la

déjà été abusivement donnée par la loi Iulia et où il ne pouvait être question de restitution au simple ou au quadruple, parce qu'il n'y avait pas eu perception de deniers, elles comprenaient notamment la déchéance des sacerdoces (Pline, *Ep.*, 1, 11, 2), celle des fonctions de sénateur (Marcellus, *3 dig.*, *D.*, 1, 9, 2; cf. Suétone, *Caes.*, 4, 3), celle de la capacité de postuler pour autrui (Venuleius Saturninus, *3 de iud. publ.*, *D.*, 48, 11, 6, 1), celle de la capacité d'être témoin (Venuleius, *loc. cit.*; Paul, *3 sent.*, *D.*, 22, 5, 15, *pr.*; Ulpien, *1 ad Sab.*, *D.*, 28, 1, 20, 5) et enfin celle de la capacité d'être juré (Marcellus et Venuleius, textes précités, par lesquels est éclairé Paul, *17 ad ed.*, *D.*, 5, 1, 12, 2) portée, semble-t-il, seulement pour le sénateur exclu du sénat, d'après le texte de Marcellus (p. 360, n. 1) mais aussi bien pour les fonctions de juré choisi par les parties que pour celles de juré tiré des listes d'après le texte de Paul (p. 371, n. 3).

[1]) Tacite, *Ann.*, 6, 16 sur l'an 33 après J.-C. (cf. Suétone, *Tib.*, 48): *Interea magna vis accusatorum in eos irrupit, qui pecunias faenore auctitabant adversum legem dictatoris Caesaris, qua de modo credendi possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur.* Tacite raconte, quelques phrases plus loin, que Gracchus, *praetor cui haec quaestio venerat*, se décida en face du nombre de délinquants, à consulter le Sénat. Pour ne parler que de ce qui nous intéresse, la loi Iulia citée là est manifestement une loi établissant un certain rapport entre la fortune immobilière et les sommes qui pourraient être placées en prêt; il est pareillement certain, à la fois d'après la mention des accusateurs et celle du président de la *quaestio*, que l'infraction à la loi était déférée par elle sur la poursuite d'un particulier à une *quaestio* présidée par un préteur; enfin, il est encore certain, d'après le langage de Tacite, qu'elle a été rendue sous la dictature de César, donc entre les derniers temps de 705/49 et le 15 mars 710/44. Il serait même possible qu'elle soit de la première année de la dictature de César, de la fin de 705, où des textes de Dion., 41, 37. 38, César *B. c.*, 3, 1, Appien, *B. c.*, 2, 48, complétés par d'autres textes non datés de Suétone, de Plutarque, signalent des mesures nombreuses prises par lui pour améliorer la situation financière produite par les guerres civiles, et où il pourrait avoir aussi pris celle-là. V. en ce sens Rein, dans Pauly, 4, 1846, v° *Lex*; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, 1857, p. 49. Au contraire, c'est tout à fait gratuitement qu'on l'a parfois placée à une année postérieure fixe de la dictature de César, tantôt à l'an 707 (Lange, *Römische Altertümer*, 3², 1876, p. 405) tantôt à l'an 708 (L. Gaddi, chez Cogliolo, *Fonti del diritto romano*, 2, 1887,

vis et la *maiestas* citées par Cicéron dans sa première Philippique[1]), qui sont encore des lois relatives à des infractions spéciales, il ne reste de lui que deux dispositions qui n'aient pas nécessairement appartenu à des lois spéciales, qui puissent avoir appartenu à une loi spéciale ou à une loi générale: une disposition qui nous est rapportée sans date et une disposition datée.[2])

La disposition datée est celle de la loi Iulia de 708/46, retirant aux *tribuni aerarii* les fonctions de jurés dont ils avaient été investis en concours avec les sénateurs et les chevaliers par la loi Aurelia *iudiciaria* de 684/70.[3]) Cette

p. 618; Cuq, dans Daremberg et Saglio, v° *Lex*, 3, 2, 1904, p. 1147; G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, *Enciclopedia giuridica italiana*, 1912, p. 420), en invoquant exclusivement soit les textes de Tacite et de Suétone qui prouvent la loi et pas sa date, soit ceux sur les lois de 705 qui, s'il était sûr que notre disposition vienne des mêmes lois, prouveraient la date de 705.

[1]) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23: *Quid, quod obrogatur legibus Caesaris quae iubent ei, qui de vi, itemque ei, qui maiestatis damnatus sit, aqua et igni interdicere? Quibus cum provocatio datur, nonne acta Caesaris rescinduntur?* — [2]) On pourrait à la vérité songer encore à chercher des témoignages dans deux autres textes: un texte de Dion, 38, 7, édition Boissevain, 1, 1895, p. 433, selon lequel Caton pendant sa préture omettait puérilement de prononcer le nom des lois Iuliae de César en vertu desquelles il avait à tirer des jurés au sort, et un texte de Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19, où il dit que la loi d'Antoine formant une décurie de jurés des anciens centurions est la violation de toutes les *leges iudiciariae* de César (*Quid? Lege quae promulgata est de tertia decuria nonne omnes iudiciariae leges Caesaris dissolvuntur?*). Mais quand on se rappelle que Caton a été préteur *repetundis* en 700/54, on comprend sans peine qu'il s'agit chez Dion de la loi Iulia *repetundarum* en vertu de laquelle il avait en effet à tirer au sort les jurés de sa *quaestio*. Quant aux lois *iudiciariae* de César citées par Cicéron en 710/44, on pourrait être tenté d'entendre par là ses lois *de repetundis*, *de modo credendi*, *de vi* et *de maiestate;* mais, si on se rappelle que dans la langue de Cicéron, *lex iudiciaria* n'a encore que le sens de loi sur le recrutement des jurés, et non pas de loi sur la procédure (p. 297, n. 1), on est bien obligé d'entendre le texte de la loi sur les jurés de 708/46, malgré son pluriel emphatique. V. de même par exemple Tacite *Ann.*, 3, 33: *Oppiis legibus* pour la loi Oppia sur le luxe de 539/215; 12, 60: *Semproniis rogationibus* pour la loi Sempronia sur les jurés de 632/122, et *Serviliae leges* pour la loi Servilia sur les jurés de 648/106. — [3]) Suétone, *Caes.*, 41, 2: *Iudicia ad duo genera iudicum redegit equestris ordinis ac senatorii; tribunos aerarios, quod erat tertium,*

disposition peut avoir été contenue dans une loi spéciale telle qu'avait été la loi Aurelia *iudiciaria* elle-même; mais elle peut aussi, au moins rationnellement, avoir appartenu à une loi d'ensemble sur la justice: nous l'enregistrons.

La disposition sans date est celle rapportée uniquement par Suétone, dans laquelle César aurait, pour renforcer la peine de l'interdiction de l'eau et du feu, porté, contre ceux qui en étaient frappés, la confiscation du patrimoine tout entier, au cas de parricide, de la moitié du patrimoine dans tous les autres cas.[1]) Elle aussi pourrait avoir appartenu à une loi spéciale ou à une loi générale. Mais, à vrai dire, on est un peu surpris de l'isolement du témoignage de Suétone.[2])

II. Les témoignages sont singulièrement plus abondants pour Auguste.

Auguste n'est pas seulement l'auteur incontesté de la loi Iulia *de ambitu*, de 736/18[3]) et de la loi Iulia *de adulteriis*

---

sustulit; cf. Dion, 43, 25, 1, ed. Boissevain, 2, 1908, pp. 87—88, qui donne la date. V. Mommsen, *Staatsrecht*, 3, pp. 534—535. Suivant Zumpt, *Kriminalrecht der Republik*, 2, 2, 1869, pp. 482—483; Voigt, *op. cit.*, p. 524 et Kuebler dans Pauly-Wissowa, v° *Equites Romani*, 6, 1, 1907, p. 292, César aurait non seulement exclu les *tribuni aerarii*, mais supprimé la décurie de jurés qui se recrutait jusqu'alors parmi eux. Cela nous semble, comme à Mommsen, contraire au langage de Suétone, p. 308, n. 2, selon lequel il y avait toujours trois décuries sous Auguste.

[1]) Suétone, *Caes.*, 42, 3: *Poenas facinorum auxit; et cum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exulabant, parricidas, ut Cicero scribit, bonis omnibus, reliquos dimidia parte multavit.* Le passage cité de Cicéron n'existe plus. Cf. Mommsen, p. 1009, n. 3 et 1010, n. 5, et Zumpt, pp. 478—479. — [2]) Le passage de Cicéron, *Ad Brut.*, 1, 15, 11, auquel il faut, pensons-nous, rapporter le renvoi inexact de Mommsen, p. 1009, n. 3, à Cicéron, *Ad Brut.*, 1, 5, 12, nous semble absolument étranger aux dispositions rapportées par Suétone. — [3]) V. en général sur *l'ambitus*, Mommsen, *Strafrecht*, pp. 865—875 et Ferrini, pp. 420—424. Cf. Rein, pp. 706—723. La loi Iulia *de ambitu* a été rendue par Auguste d'après Suétone, *Aug.*, 34, 1, et en l'an 736/18, d'après Dion, 54, 16. La question soulevée par elle qui présente le plus d'intérêt pour notre sujet est celle de sa peine. Cette peine dela brigue, qui, depuis l'établissement de la *quaestio de ambitu*, avait beaucoup varié, — interdiction de la candidature pendant dix ans d'après la loi Cornelia de 673/81, exclusion du Sénat entraînant interdiction de la candidature et peine pécuniaire d'après la loi Calpurnia de

687/67, bannissement de Rome et de l'Italie pour dix ans d'après la loi Tullia de 691/63, peut-être interdiction de l'eau et du feu d'après la loi Pompeia de 702/52, — fut, d'après Dion, 54, 16, fixée par la loi Iulia à l'interdiction de la candidature pendant cinq ans. Mais la question est de savoir si la loi Iulia ne portait pas en outre, comme la loi Calpurnia, une peine pécuniaire. L'existence de cette peine est à notre sens attestée par deux témoignages: un texte de Dion, 55, 5, qui rapporte qu'Auguste exigea des candidats en 746/8 le dépot préalable d'une sorte de cautionnement en garantie des délits qu'ils pourraient commettre; un texte de Modestin, 2 *de poenis*, *D.*, 48, 14, 1, 4, selon lequel une amende dont les auteurs du Digeste ont, suivant leur habitude, converti le montant en sous d'or, aurait été portée par la loi Iulia *de ambitu* et lui aurait été empruntée par la loi Iulia *iudiciaria* pour frapper l'infraction du plaideur criminel qui rend visite à son juge (*et si quis reus vel acccusator domum iudicis ingrediatur, per legem Iuliam iudiciariam in legem ambitus committit, id est aureorum centum fisco inferre iubetur*). Ces deux textes prouvent, à notre sens, l'existence, dans la loi de 736, d'une amende, pour assurer le recouvrement de laquelle Auguste établit en 746 une sorte de cautionnement préalable, analogue à celui imposé par certaines législations modernes aux journaux en matière de délits de presse; ils ne prouvent pas, quoi qu'on ait dit parfois (v. Rein, pp. 720—721), ni la confection, en 746, d'une loi complémentaire introduisant l'amende et le cautionnement, ni la confection, en 746, d'une loi établissant le cautionnement et, à une date postérieure ignorée, d'un sénatus-consulte sur l'amende, qui aurait été considéré, selon le langage des jurisconsultes, comme englobé dans la loi; car, pour le sénatus-consulte, il faudrait qu'il eût été rendu dans l'intervalle peut-être fort court qui sépare la loi Iulia *de ambitu* de la loi Iulia *iudiciaria*, au lieu d'être, comme il arrive d'ordinaire à ces sénatus consultes complémentaires, séparé de la loi par un fort espace de temps; et, pour la loi de 746, elle serait en contradiction avec le témoignage de Suétone, selon lequel il y a eu une loi d'Auguste sur la brigue et non deux. En tout cas, il est impossible d'écarter l'amende, en supposant, comme l'a fait M. Lenel dans sa *Palingenesia* (Modestin, n°. 160) que la finale *id est aureorum centum fisco inferre iubetur*, aurait été ajoutée par les compilateurs au texte de Modestin. Le transport, attesté par le texte, de la peine de la loi Iulia *de ambitu* à l'acte visé des parties au procès criminel est précisément la preuve que la loi Iulia *de ambitu* portait une peine pécuniaire à côté de celle de l'inéligibilité; car, si elle n'eût porté que la peine de l'inéligibilité, il n'eût pas été possible que la loi Iulia *iudiciaria* eut, après l'an 736 où l'éligibilité aux magistratures fut restreinte aux personnes possédant un million de sesterces et appartenant à l'ordre sénatorial (Dion, 54, 17; cf. Mommsen, *Staatsrecht*, 1, 498, 2; 3, 465—466) considéré la seule peine de l'inéligibilité comme une peine efficace contre des accusateurs et des accusés dont l'immense majorité n'aura évidemment

rendue, à mon avis, entre l'an 736/18 et l'an 738/16[1]), qui sont toutes deux assurément des lois relatives à l'organisation

ni le rang sénatorial ni un million de sesterces. Les compilateurs ont modifié le texte comme ils ont voulu, en mettant des sous d'or à la place de sesterces et le fisc à la place de trésor du peuple, en supprimant encore peut-être la mention de la peine de l'inéligibilité temporaire qui pouvait être indiquée par Modestin à côté de la peine d'amende; mais ils n'ont pas ajouté la spécification de la peine pécuniaire portée par la loi Iulia *de ambitu*, qui était la raison d'être de la disposition de la loi Iulia *iudiciaria*, et dont nous remarquerons, pour écarter l'idée qui a peut-être inspiré les soupçons de M. Lenel, qu'il fallait bien que Modestin, la spécifiât à cet endroit; car, s'il avait parlé au § 1 d'une peine pécuniaire qui est de cent sous d'or dans le Digeste, c'était comme peine portée contre l'*ambitus* municipal par un sénatus-consulte propre; c'est dans notre passage qu'il a eu pour la première fois à parler de la loi et qu'il a dû en indiquer la peine, qu'il l'ait indiquée complètement en visant à la fois la peine d'inéligibilité et la peine d'amende, ou qu'il se soit déjà borné sur le terrain pratique à parler de la peine d'amende.

[1]) V. sur l'adultère et les autres infractions aux bonnes moeurs visées par la loi Iulia, Mommsen, *Strafrecht*, pp. 688—704; Ferrini, pp. 361—370. Ajouter Lotmar, *Mélanges Girard*, 2, 1912, p. 119—143. La loi Iulia *de adulteriis* est certainement d'Auguste, d'après Suétone, *Aug.*, 34, Ulpien, 2 *de adulteriis*, *D.*, 48, 5, 1, et Sénèque, *De benef.*, 6, 32, 1, qui parle à propos de la fille d'Auguste du *forum ac rostra ex quibus pater legem de adulteriis tulerat*. Mais elle peut être enfermée entre des dates plus précises, car elle ne peut guère être antérieure à la loi Iulia *de maritandis ordinibus* dont elle est un complément et qui est de 736/18 (voir Girard, *Manuel*⁵, 1911, p. 875, n. 4 et les renvois), et à l'inverse une allusion tout à fait certaine y est faite par Horace, *Od.*, 4, 5, 21—22, ce qui prouve qu'elle est antérieure, non pas seulement à l'an 748/6, date de la mort d'Horace (Cuq dans Daremberg et Saglio, p. 1149, n. 12; cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 691, n. 1), mais à l'an 738/16; car cette ode est écrite pour prier Auguste de revenir du voyage, qui le tint absent de Rome de 738 à 741 (Dion, 54, 19; 54, 25; cf. p. 336, n. 1), et avant lequel il avait donc fait voter la loi (v. Esmein, *Mélanges*, 1886, p. 71, n. 1; Jörs, *Festschrift Mommsen*, Marburg, 1893, p. 36). Dion, 54, 30, mentionne d'ailleurs en 742/12, la *quaestio*, l'accusateur et le préteur. Il est intéressant pour l'histoire de l'application pratique non seulement de la loi Iulia *de adulteriis*, mais de la loi Iulia *iudiciorum publicorum*, de relever les mentions particulièrement nombreuses et récentes du personnel de la *quaestio de adulteriis* contenues dans les textes juridiques du Principat. Son président est, en dehors du texte de Dion sur l'an 742, mentionné par Papinien, *D.*, 1, 21, 1, *pr.*, extrait du livre 1 de ses *quaestiones*, écrit sous le gouvernement exclusif

de *quaestiones* isolées. Il est en outre l'auteur d'une série de dispositions législatives dont les unes peuvent et les autres doivent avoir fait partie de lois générales sur la procédure civile ou la procédure criminelle.

Certaines peuvent simplement avoir fait partie de

---

de Septime Sévère entre l'an 193 et l'an 198, où il cite comme exemple de magistrat ayant la *publici iudicii exercitio lege aut senatus consulto delegata*, celui qui la tient de la loi Iulia *de adulteriis*. Pour les jurés, un texte extrait du livre 2 de ses *responsa* écrits sous le gouvernement commun de Sévère et de Caracalla, où il parle des jurés de la *quaestio*, à la vérité sans spécifier qu'il s'agit d'adultère, et qui est même signalé par Mommsen, *Strafrecht*, p. 220, n. 5, comme le seul texte du Digeste où soient mentionnés les jurés des *iudicia publica*, *D.*, 48, 1, 13, 1, est rapporté par lui à la *quaestio de adulteriis*, et c'est possible, sans être tout à fait sûr, — un texte de Paul extrait de son *liber singularis de iudiciis publicis* écrit sous Sévère et Caracalla (et non, comme l'écrit Mommsen, sous Caracalla et Alexandre Sévère; v. *D.*, 47, 15, 6), dit, *D.*, 48, 1, 8, que l'*ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit*, et on attribue cette réforme à Marc-Aurèle, en vertu d'un texte plus douteux à notre sens de la *Vita Marci*, 24; mais la *quaestio de adulteriis* n'est pas la seule *quaestio* qui ne soit pas capitale. — Un autre texte qui lui a échappé parle encore de ces jurés et certainement en matière d'adultère. C'est le texte d'Ulpien, 48, 5, 28 (27), *pr.*, extrait du livre 3 de son traité *de adulteriis*, écrit sous le règne ou après la mort de Caracalla (v. *D.*, 48, 5, 14, 3): . . . *si postulaverit accusator* . . . *iubent iudices eum servum* (*adulterii accusatum*). . . Il faut sans doute ajouter un autre texte du même ouvrage d'Ulpien, 2 *de adulteriis*, *D.*, 48, 5, 14, 5, où il parle de *iudex* et où il dit qu' *ante oculos habere debet*, mais où il rapporte une constitution de Caracalla, dont le texte est donné d'après le code Grégorien par Saint-Augustin, *De adulterinis coniugiis*, 8, 7 (P. Krueger, *Collectio*, 3, p. 241; mais v. aujourd'hui l'éd. Zycha dans le Corpus de Vienne, 41, 1900, pp. 389—390; cf. la préface p. XXXII): or, dans la constitution où le sujet du verbe manque, il y a, remarque M. Seckel, *Handlexikon* de Heumann, 9e ed., 1907, p. 292, v°. *Iudex*, *habebunt* et non *habere debet*: c'est donc que le texte parlait encore de *iudices* et que les compilateurs ont remplacé le nom des jurés par le mot *iudex* employé de leur temps pour le magistrat compétent quelconque. Enfin la substitution du *iudex* aux *iudices*, avérée dans ce fragment, autoriserait à soupçonner d'autres textes qui parlent aujourd'hui du *iudex* de l'adultère, d'avoir été originairement relatifs à ces *iudices*, aux jurés de la *quaestio*. V. par ex. Ulpien, 2 *ad leg. Iuliam de adulteriis*, *D.*, 48, 5, 18, 6, où, en remplaçant *iudex* par *iudices*, on aurait, au lieu d'une figure de langage (*mulier vero iudicem religiosum sortita*) une mention imprévue du tirage au sort des jurés (*mulier vero iudices religiosos sortita*).

pareilles lois d'ensemble. Telle est la disposition d'Auguste, symétrique à celle de César de 708/46, qui ajouta aux trois décuries de jurés compétentes en matière civile et criminelle, une quatrième décurie inférieure composée de gens ayant la moitié du cens équestre, de *ducenarii*, et appelée à statuer seulement sur les procès civils les moins importants[1]); comme la loi Iulia de 708, ce peut être une loi *iudiciaria* spéciale sur le recrutement des jurés, telles qu'avaient été les lois Sempronia, Cornelia, Aurelia *iudiciariae*, mais ce peut être aussi une portion d'une loi générale. Telle est encore une disposition que Dion Cassius signale comme ayant été rendue par Auguste en 737/17 pour interdire aux avocats sous la peine du quadruple, la réception d'honoraires[2]); il existe des arguments qui pourraient conduire à y voir le contenu d'un sénatus-consulte renforçant la prohibition analogue de la loi Cincia[3]); mais elle peut aussi venir d'une véritable

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 3: *Ad tres iudicum decurias quartam addidit inferiore censu, quae ducenariorum vocaretur iudicaretque de levioribus summis.* — [2]) Dion, 54, 18, ed. Boissevain, 2, p. 458: *Καὶ τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν, ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν, ἐκέλευσε.* — [3]) Il faut naturellement, pour une interprétation correcte du texte de Dion, le mettre à son rang dans la suite des textes sur la réglementation des honoraires, qui commence auparavant par la disposition de la loi Cincia de 550/204 (Cicéron, *De orat.*, 2, 71, 286; *De Senect.*, 4, 10) défendant, d'après Tacite, *Ann.*, 11, 5, *ne quis ob causam, orandam pecuniam donumve accipiat* (v. aussi plus bas, 13, 5), mais qui continue ensuite par de nombreux témoignages du temps du Principat. Au temps de Claude, en l'an 47, il y eut, suivant Tacite, *Ann.*, 11, 5—7, un débat au Sénat sur l'inobservation de la loi Cincia, à la suite duquel le prince autorisa, c'est-à-dire, pense-t-on généralement, fit autoriser par un sénatus-consulte la perception d'honoraires n'excédant pas le montant de 10.000 sesterces = 2700 francs au-delà duquel l'*accipiens* serait tenu *repetundarum* (cf. Suétone, *Nero*, 17, qui a l'air de placer l'inovation sous Néron). Sous Néron, le même Tacite rapporte, *Ann.*, 13, 5, que le Sénat prescrivit après l'avénement du nouveau prince, en l'an 54, *ne quis ad causam orandam mercede aut donis emeretur*, ce qui semble bien un rappel pur et simple de la loi Cincia; puis, *Ann.*, 13, 42, que l'on disait, en l'an 58, à l'occasion d'un procès de concussion, que c'était afin d'atteindre l'accusé que l'on avait renouvelé le sénatus-consulte et la loi Cincia (*eius opprimendi gratia repetitum senatusconsultum poenaque Cinciae legis adversum eos qui pretio causas oravissent*). Ensuite, sous Trajan, en l'an 105, Pline le Jeune rapporte, d'une part, *Ep.*, 5, 9, un édit rendu par le préteur Licinius Nepos par

loi générale ou spéciale [1]), plutôt même, d'après l'ordre

lequel il avait annoncé *res se exsecuturum quae senatus consulto continerentur,* et arrêté que les parties devraient jurer n'avoir rien versé ni promis d'avance et pourraient seulement verser une fois l'affaire terminée les 10.000 sesterces qui nous sont déjà connus, et d'autre part, *Ep.*, 5, 4, 13, une discussion au Sénat sur les démêlés des représentants d'une ville avec un avocat qui avait abandonné leur cause, après avoir touché en tout 10.000 sesterces, discussion au cours de laquelle un tribun invoqua les lois et les sénatus-consultes et demanda au prince de rendre une disposition dont Pline dit que Trajan la rendit quelques jours après. Enfin un texte d'Ulpien, *8 de omnibus tribunalibus, D.*, 50, 13, 1, 10, écrit sous Caracalla, accorde, sans distinguer entre les honoraires payés ou promis d'avance et les autres, la répétition des sommes excédant le taux, qui paraît toujours être le taux de 10.000 sesterces convertis par Justinien en 100 sous d'or. Ces textes pris dans leur ensemble, fournissent certaines raisons pour soutenir que la disposition d'Auguste de 737 était contenue dans un sénatus-consulte. D'abord un argument de texte littéral: le sénatus-consulte, cité à côté de la loi Cincia en l'an 58 par Tacite, *Ann.*, 13, 42 comme ayant été rétabli en l'an 54, ne peut être celui qui permit les honoraires en l'an 47 et qui fut au contraire abrogé en l'an 54; c'est donc la disposition antérieure de 737 qui renforça la loi Cincia. Ensuite certains arguments de raison: on s'expliquerait plus aisément avec un sénatus-consulte complémentaire qu'avec une loi que, d'une part, on continue, après comme avant, à invoquer la loi Cincia et non pas la loi Iulia, et même que, d'autre part, il ne soit plus jamais question depuis Auguste de l'action au quadruple introduite par lui d'après Dion. Et c'est précisément en raison de ces arguments que j'ai, en termes trop absolus, attribué l'innovation à un sénatus-consulte (*Manuel de droit romain*[5], 1911, p. 944, n. 1 = trad. v. Mayr, 1908, p. 1029, n. 1). V., par ex., en ce sens outre des auteurs plus anciens, Zumpt, *Criminalprocess der Republik,* 1871, p. 98, et De Ruggiero, *Dizionario epigrafico,* 1, 1894, p. 121; cf. Mommsen, *Strafrecht,* p. 706 (où le sénatus-consulte de l'an 47 est daté par inadvertance de l'an 49).

[1]) On pourrait à la rigueur invoquer en faveur de l'existence de deux lois le langage même de Pline, *Ep.*, 5, 13, 7, selon lequel le tribun *recitavit capita legum*, demanda à Trajan d'intervenir, *quia leges, quia senatus consulta contemnerentur.* Ensuite, si, par exemple, la peine du quadruple avait été la peine des *repetundae* de la loi de César de 695/59 (p. 301, n. 1), on pourrait trouver des traces du maintien de la peine du quadruple dans les textes assez nombreux qui semblent accuser un lien entre notre infraction et les *repetundae,* dans le texte de Tacite sur le sénatus-consulte de l'an 747, selon lequel le Sénat fut sur le point de dire que les gens qui auraient touché des honoraires seraient poursuivis *de repetundis* et Claude décida ensuite que ceux qui toucheraient plus de 10.000 sesterces seraient tenus *repetundarum*;

d'idées dans lequel Dion la cite [1]), être un article d'une loi générale. Telle est encore une autre disposition rapportée par un texte de Paul au Digeste comme venant d'une loi de lui qui permît au prince d'affranchir des esclaves en dehors des formes de la juridiction volontaire, sans recourir aux formes de la vindicte [2]): la règle a été établie, dit Paul et disait

dans le fait que le préteur du temps de Trajan qui rappelle la prohibition était un préteur de *quaestio*, peut-être un préteur *repetundarum*, comme le dit Mommsen, p. 706, n. 3, et que c'est encore lui qui saisit le Sénat du différend entre l'avocat et ses clients, d'après Pline, 5, 4, 2, et 5, 13, 1. Mais la grande raison qui me porte aujourdhui à opter pour la loi contre le sénatus-consulte est celle donnée dans la note qui suit.

[1]) La disposition qui porte la peine du quadruple contre la réception des honoraires est chez Dion, sous la date de l'an 737, immédiatement avant celle qui défend au juré criminel de faire des visites. Or, nous verrons que cette dernière fait sans aucun doute partie d'une loi d'ensemble, la *lex Iulia iudiciorum publicorum*. Cela porte à croire que la disposition qui est citée immédiatement auparavant, sous la même date, et qui, de plus, rentre rationnellement dans l'ordre de la loi d'ensemble, a pareillement appartenu à cette loi d'ensemble. C'est ce qui est admis sans discussion par MM. Wlassak, *Processgesetze* 1, p. 180 et Voigt, p. 525, n. 189. On remarquera même que, si la peine des *repetundae* était alors la peine du quadruple, notre disposition a pu, pour porter sa peine du quadruple, contre les avocats, procéder par voie de renvoi à la *lex Iulia repetundarum*, absolument comme nous avons vu (p. 304, n. 3), et nous verrons encore, que pour porter sa peine d'amende contre les visites aux jurés, et peut-être contre les visites du juré, la *lex Iulia iudiciorum publicorum* a procédé par voie de renvoi à la *lex Iulia ambitus*. — [2]) Paul, *16 ad Plautium*, *D.*, 40, 1, 14, 1: *Imperator cum servum manumittit non vindictam inponit, sed, cum voluit, fit liber is qui manumittitur ex lege Augusti*. La phrase du texte qui précède porte (*D.*, 40, 1, 14, *pr.*): *Apud eum, cui par imperium est manumittere non possumus sed praetor apud consulem manumittere potest*. Et il faut, sans aucun doute, rattacher au même développement le fr., *D.*, 40, 2, 18, 1, extrait du même livre du même ouvrage de Paul: *Apud collegam suum praetor manumittere non potest*. Il ne peut y avoir d'incertitude sur le sens de ce développement, extrait du livre 16 de Paul, *ad Plautium*, relatif aux affranchissements: il se rapporte à une règle trop négligée dans les expositions de la procédure romaine — (elle est au moins énoncée par Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts* 1, 1826, § 202, n. 19; elle n'est indiquée ni par Bethmann-Hollweg, ni par Keller qui note seulement, n. 4, le principe selon lequel le préteur ne peut exercer son *imperium* ni sur le consul ni sur le préteur. Mommsen qui signale dans son *Staats-*

peut-être déjà Plautius, par une loi d'Auguste [1]); cette loi peut encore avoir été une loi spéciale par laquelle Auguste

---

recht la *lex Augusti* [p. 311, n. 1] n'y parle nulle part de la règle, ni du principe dont elle dérive) — et très instructive pour l'histoire, non seulement de l'affranchissement par la vindicte, mais de la juridiction grâcieuse et même de la juridiction contentieuse. C'est à la règle selon laquelle un magistrat ne peut affranchir son esclave par la vindicte devant un magistrat qui est son égal ou son inférieur, sans doute parce que le magistrat devant lequel on comparaît doit pouvoir imposer son autorité aux parties comparantes, parce que plus largement son intervention n'est pas concevable en face de ceux sur qui il n'a pas d'autorité, sur lesquels *imperium non habet*, comme dit Ulpien, *13 ad ed., D.*, 4, 8, 3, 3, pour les magistrats que le préteur ne peut contraindre à cause de cela à rendre les décisions arbitrales dont ils se sont chargés, des magistrats *superiori aut pari imperio*, comme dit Paul, *13 ad ed., D.*, 4, 8, 4, pour la même hypothèse, des magistrats *eiusdem imperii*, comme dit Paul, *13 ad Sab.*, *D.*, 5, 1, 58, à propos de la dissolution du *iudicium* qui se produit quand le juré devient *eiusdem imperii cuius erat qui iudicare iussit*, du magistrat *cui par imperium est*, comme il dit dans notre texte. Paul, et sans doute avant lui, Plautius posait la règle (*D.*, 40, 1, 14, *pr.*) et en concluait que le préteur ne peut affranchir devant le préteur (*D.*, 40, 2, 18, 1; la solution contraire, qui paraît être donnée par Ulpien, *2 de off. cons.*, *D.*, 1, 10, 1, 2, et qui indiquerait chez lui une doctrine divergente, est, comme remarquaient déjà nos anciens auteurs, rectifiée par la version différente du même texte donné, *D.*, 40, 2, 20, 4, et disparaît avec une certaine ponctuation: *apud collegam causa probata potest*, du texte certainement corrompu de *D.*, 1, 10, 1, 2. V. en sens différent Lenel, n° 2057), mais que le préteur peut affranchir devant le consul (*D.*, 40, 1, 14); puis il passait au prince qui étant, en vertu de sa puissance tribunicienne propre, au dessus de tous les magistrats (voir Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 879—880), ne pourrait affranchir devant personne, mais pour lequel la question ne se posait pas, parce qu'il ne recourait pas à la vindicte, sa simple volonté suffisant pour procurer l'affranchissement, d'après une loi d'Auguste.

[1]) Le texte parle d'une *lex Augusti*, c'est-à-dire, dans l'interprétation naturelle, d'une loi votée sur la proposition d'Auguste et il est entendu de cette façon, par exemple par Mommsen, *Staatsrecht*, 2, p. 750, n. 1, et par Gardthausen, *Augustus und seine Zeit*, 2, 1, 1891, p. 528, n. 37. Au contraire une doctrine qui considérait avec les textes de basse époque la loi d'investiture du prince, la loi *regia quae de imperio eius lata est*, comme lui ayant conféré tous les pouvoirs et la dispense de toutes les lois, entendait anciennement notre texte de cette loi d'investiture, soit en le corrigeant (D'Arnaud: *Lege Augusta*), soit en le gardant tel quel (D. Godefroy) et peut-être faut-il voir un écho

se sera fait conférer une faculté qui avait sa raison d'être souvent inaperçue, mais parfaitement positive; il n'y eût pas eu sans cela de magistrat devant lequel il eût pu affranchir un seul de ses esclaves[1]), et il n'y en eût peut-être pas eu devant lequel il eût pu procéder à aucun des actes du droit des personnes et du droit du patrimoine qui s'accomplissent par voie de procès simulé, de *legis actio*[2]);

---

de cette doctrine dans la question que se pose M. Lenel sur notre texte (Paul, n°. 1222) en se demandant si *Augusti* n'a pas été substitué à *quae de imperio eius lata est.* Nous renverrons pour la réfutation de la doctrine à Mommsen, *Staatsrecht*, 2, pp. 750—751. Quant à la question posée par M. Lenel, il suffit, croyons-nous, pour l'écarter, de remarquer que si le texte avait dit que le prince est délié des formes de la vindicte par la *lex quae de imperio eius lata est*, les compilateurs, dont c'était précisément l'opinion (*C.*, 6, 23, 3), n'auraient eu aucun motif d'effacer cette allégation pour mettre à sa place, dans un sens et un but incompréhensibles, la mention d'une *lex Augusti.*

[1]) En effet, l'affranchissement ne peut être fait que devant un magistrat ayant une autorité supérieure à celle du *manumissor* et il n'y a durant toute la vie du prince aucune autorité qui lui soit supérieure. A la vérité, le magistrat qui ne pouvait affranchir devant son égal ni devant son supérieur, pouvait, à l'époque classique, affranchir devant lui-même, et cela se serait appliqué au prince. Mais cette pratique relâchée qui est admise au temps d'Ulpien (Ulpien, 2 *de off. cons.*, *D.*, 1, 10, 1, 2) et que Julien se vante d'avoir fait prévaloir en y recourant lui-même à l'exemple de son maître Iavolenus et en la conseillant à d'autres magistrats (Julien, 42 *dig.*, *D.*, 40, 2, 5), faisait encore, de son propre aveu, l'objet de controverses à son époque (*saepe quaesitum est*), et il est encore bien plus certain qu'elle n'a pas toujours existé. La loi d'Auguste a eu pour effet de lever l'obstacle pour le prince, dès le début du Principat, avant que l'expédient plus récent fût reconnu, et peut-être avant qu'on y eût songé. — [2]) La prohibition de procéder à l'acte devant un magistrat égal ou supérieur et le remède qu'y apporta la loi d'Auguste soulèvent deux questions distinctes, mais parallèles, qui ont été pareillement négligées mais qui doivent être posées, et qui peuvent à notre avis se trancher assez sûrement d'après les principes, sinon d'après des textes directs. 1° En laissant de côté la juridiction contentieuse à laquelle la prohibition s'appliqua sans doute à l'origine, mais pour laquelle elle est au temps de la procédure formulaire remplacée par d'autres règles (non seulement prohibition de l'*in ius vocatio*, mais prohibition générale d'ouverture de procès nouveaux pendant la magistrature de l'une des parties appuyée par Paul, 2 *resp.*, *D.*, 5, 1, 48, sur une décision d'Hadrien; jurisprudence rapportée par Ulpien, 29 *ad ed.*, *D.*, 2, 1, 14: Lenel 1087, au

mais ce peut aussi avoir été une clause particulière d'une loi générale où cette disposition aura été mise dans le régle-

---

sujet de la *bonorum possessionis agnitio*, selon laquelle *si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit et adversus eum ius dici*), en nous en tenant à la juridiction volontaire, la règle selon laquelle le magistrat ne peut affranchir son esclave devant un magistrat égal ou inférieur, doit-elle être restreinte à l'hypothèse visée directement par notre texte où un magistrat comparaît devant un autre en jouant le rôle de défendeur à la *vindicatio in libertatem* de l'affranchissement *vindicta* ou doit-elle être entendue comme l'application à un cas isolé d'un principe général vrai toutes les fois qu'un magistrat comparaît devant un autre, comme demandeur ou défendeur, pour la *legis actio*, dans une *in iure cessio* quelconque, ce qui comprendrait, par exemple, en outre l'affranchissement de la *causa mancipii* dans l'émancipation et l'adoption; l'*in iure cessio* faite sur la *vindicatio filii* du père adoptif dans l'adoption; l'*in iure cessio* translative de propriété, constitutive de servitude, l'*in iure cessio hereditatis* et l'*in iure cessio tutelae*? Le motif de la règle tiré manifestement de ce que le magistrat devant lequel on procède à la *legis actio* simulée doit avoir le droit de commander à ceux qui y procèdent, conduit impérieusement à l'appliquer à tous ceux qui comparaissent devant le magistrat comme demandeur ou défendeur dans la *legis actio* de la juridiction volontaire. Paul et Plautius ne parlent que du défendeur à la *vindicatio in libertatem* de l'affranchissement *vindicta*, parce qu'ils n'ont occasion de parler que de lui à propos des affranchissements; mais le principe selon lequel il faut que le magistrat devant lequel a lieu le procès ait le droit de commander, qui est posé par notre texte et que l'on trouve même appliqué à d'autres matières, telles que celles de l'obligation de statuer de l'arbitre et de la nomination du juré (p. 310, n. 2), implique une solution générale commune. On peut même relever, non pas une preuve, mais une conséquence de la généralité de la règle dans le fait que l'expédient inventé par les jurisconsultes n'est aucunement restreint par eux au magistrat procédant à l'affranchissement *vindicta* de son esclave. Il est appliqué par Neratius, entre Javolenus et Julien, au magistrat qui émancipe son fils ou qui le donne en adoption (Modestin, *2 reg.*, *D.*, 1, 7, 4); par Ulpien à celui qui émancipe ou adopte devant lui-même (Ulpien, *26 ad Sab.*, *D.*, 1, 18, 2); par Paul à celui qui est émancipé ou adopté devant lui-même (Paul, *4 ad Sab.*, *D.*, 1, 7, 3; 1, 14, 2). 2° La *lex Augusti* a-t-elle seulement autorisé le prince à remplacer son concours à la *legis actio* par une manifestation de volonté dans cette *in iure cessio* sur la *vindicatio in libertatem* qui constitue l'affranchissement par la vindicte ou l'a-t-elle fait dans tous les actes précités de la juridiction volontaire où il pourrait figurer comme demandeur ou défendeur s'il n'en était empêché par son rang supérieur à celui des magistrats devant lesquels s'accomplissent ces actes? Là encore, la seconde solution nous

ment d'ensemble de la juridiction volontaire, sans que le prince eût ce rôle désagréable de proposer lui-même une loi faite exclusivement à son profit.

Certaines autres dispositions se révèlent plus nettement comme n'ayant guère pu figurer que dans des lois générales sur la procédure. Je citerai celle rapportée par Dion sous

---

paraît évidente. Paul et Plautius ne parlent que de l'affranchissement par la vindicte, parce qu'ils ne peuvent, à propos des affranchissements, parler que de lui; mais la loi a dû permettre au prince de remplacer par une manifestation de volonté sa participation au procès simulé, dans tous les cas où ce procès simulé existait et où son impossibilité lui eût enlevé une faculté légale qui existait au profit des particuliers. Cela devient particulièrement clair, si l'on remarque qu'il y a des actes auxquels sans cela il n'eût pas été seulement empêché de procéder de la même façon que les particuliers (émancipation et dation en adoption de ses enfants qu'il eût pu opérer dans la première forme où figure un tiers complaisant, mais non dans celles de l'émancipation fiduciaire et de l'adoption décrite par Gaius, 1, 134, faute de pouvoir jouer le rôle de défendeur dans les affranchissements et l'*in iure cessio*; cf. Girard, *Manuel*, pp. 174 et 190), mais auxquels il eût été empêché absolument de procéder (*in iure cessio* de l'hérédité, de la tutelle, des servitudes, adoption des enfants d'autrui, où il ne peut faire devant le magistrat la *vindicatio filii* indispensable à l'achèvement de l'opération). Sous ce rapport même, les témoignages qui nous apprennent qu'Auguste adopta en l'an 737/17 les fils d'Agrippa Gaius et Lucius (Dion, 54, 18, etc.; v. p. 355, n. 2) sont la preuve directe que la *lex Augusti* ne s'appliquait pas seulement à l'affranchissement par la vindicte, mais à l'*in iure cessio* en général et qu'elle était déjà rendue en 737/17. Cette observation rend même peut-être compte des termes dans lesquels Suétone, *Aug.*, 64, rapporte l'adoption de Gaius et de Lucius en disant: *Gaium et Lucium adoptavit domi per assem et libram emtos a patre Agrippa.* Les derniers mots indiquent que l'adoption a été faite suivant la seconde forme indiquée par Gaius, 1, 164, selon laquelle le père adoptif joue le rôle d'acquéreur de la *causa mancipii* dans les trois mancipations destinés à éteindre la *patria potestas* avant que le père naturel, ayant par suite de la *remancipatio* qui vient ensuite les enfants *in mancipio* et non plus *in patria potestate*, joue le rôle de défendeur à la *vindicatio filii* intentée par l'adoptant. Mais pourquoi, dit-il, que l'adoption a eu lieu *domi*? Ce n'est peut-être pas seulement par opposition à l'adrogation de Tibère et du 3e fils d'Agrippa faite vingt ans plus tard *in foro lege curiata* (Suétone, *Aug.*, 65), mais parce qu'au lieu d'aller devant le magistrat pour les deux affranchissements et pour la *vindicatio filii*, comme eût dû faire un particulier, Auguste a pu remplacer, en vertu de notre loi, ces trois actes par une manifestation de volonté faite chez lui, *domi*.

la date de l'an 737/17, par laquelle Auguste défend aux jurés, sans doute aux jurés criminels, de faire des visites pendant qu'ils sont en exercice, pendant leur année d'exercice, pourrait-on croire à première vue, peut-être plutôt seulement pendant qu'ils sont en exercice pour une affaire déterminée[1]); celle rapportée par Suétone par laquelle il prépose les *decemviri litibus iudicandis*, jusqu'alors chargés du jugement des procès de liberté, à la réunion des centumvirs jusqu'alors opérée par d'ex-questeurs[2]): celle encore rapportée par

[1]) Dion, 54, 18, à la suite des mots cités p. 308, n. 2: *Τοῖς δὲ δικάζειν ἀεὶ λαγχάνουσιν ἀπεῖπεν, ἐς μηδενὸς οἴκαδε τὸν ἐνιαυτὸν ἐκεῖνον εἰσιέναι.* Il s'agit évidemment d'une prohibition de faire des visites adressée à des jurés tirés au sort d'après l'expression *δικάζειν λαγχάνουσιν*, et les mots *τὸν ἐνιαυτὸν ἐκεῖνον* éveillent l'idée d'une prohibition permanente, durant une année: mais il y a, je crois, dans le texte quelque chose qui prouve que, malgré le langage inexact ou obscur, il s'y agit des jurés d'une affaire et non de ceux d'une année: c'est précisément la mention du tirage au sort. La liste annuelle permanente des jurés n'était pas formée par voie de tirage au sort. Elle l'était par le choix du préteur urbain sous la loi Aurelia (Cicéron, *Pro Cluentio*, 43, 121: p. 363, n. 3; cf. Mommsen, *Staatsrecht*, 2, p. 230, n. 1) puis sous le Principat, par celui de l'empereur (p. 363, n. 5). Le tirage au sort ne se présentait que pour la composition du jury d'une affaire déterminée. Puisque Dion, et sans doute avant lui sa source, parlaient de jurés tirés au sort, c'est qu'il s'agissait des jurés d'une affaire isolée, quel que soit le sens des mots *τὸν ἐνιαυτὸν ἐκεῖνον*, que Dion les ait ajoutés de son chef ou qu'il ait, par exemple, dénaturé une indication de sa source, parlant de l'année pour dire que cette règle ne s'appliquait que pendant l'année judiciaire et non pendant les vacances. De plus, la même mention du tirage au sort donne à croire qu'il s'agit non pas de jurés civils, mais de jurés criminels, le système de la *sortitio* étant celui du jury criminel et le système du choix celui du jury civil, les jurés civils de la capitale étant, en dehors des récupérateurs, nommés par l'accord des parties, qu'il soit spontané ou provoqué par la procédure d'offre et de récusation. Nous remarquerons même que l'on peut ici faire abstraction de l'opinion, à notre sens erronée, selon laquelle le tirage au sort aurait progressivement pris la place du choix pour les jurés civils du Principat, car tous les textes qu'on a invoqués dans ce sens, cf. Girard, *Manuel*, p. 1010, n. 1 = tr. v. Mayr, p. 1102, n. 1, sont postérieurs à l'époque d'Auguste à laquelle se rapporte le texte de Dion. — [2]) Suétone, *Aug.*, 36: *Auctor et aliarum rerum fuit, in quis .. ut centumviralem hastam, quam quaesturam functi consuerant cogere decemviri cogerent.* D'après ce texte, les *decemviri litibus iudicandis* qui, sous la République apparaissent comme statuant sur les procès de liberté (Cicéron, *Pro*

Suétone, par laquelle il modifie l'âge des jurés des listes d'une façon controversée, dans la doctrine que je crois la

---

Caecina, 33, 97; *De domo,* 29, 78; cf. Girard, *Manuel,* p. 980, n. 5, ont été appelés par Auguste à rassembler les centumvirs à la place des ex-questeurs qui remplissaient antérieurement cette fonction. Et la preuve qu'ils exerçaient en effet cette fonction sous le Principat est fournie par plusieurs textes, en première ligne par un texte de Dion, 54, 26, qui prouverait même que la réforme était déjà faite en l'an 741/13, s'il était sûr que Dion, en parlant là de *οἱ δέκα οἱ ἐπὶ τῶν δικαστηρίων τῶν ἐς τοὺς ἑκατὸν ἄνδρας κληρουμένων ἀποδεικνύμενοι,* vise leurs fonctions d'alors, et non pas celles de son temps, puis par le *Panegyrin. Pisonem,* écrit entre l'an 41 et l'an 65, vers 41—42: *Seu trepidos ad iura decem citat hasta virorum et firmare iubet centeno iudice causas*; en l'an 105 par Pline, *Ep.,* 5, 9, à propos de l'émotion soulevée par l'édit de Licinius Nepos (p. 308, n. 3): *Sederant iudices, decemviri venerant .... dimittuntur centumviri;* enfin par les inscriptions *C. I. L.,* VI, 32294, d'un *viator decuriae Xviralis qui ad iudicia centumviralia praesunt* et *C. I. L.,* X, 8620, d'un *decemvir* appelé *decemvir ad hastam.* Mais la difficulté est pour les temps antérieurs, pour lesquels le témoignage de Suétone paraît contredit par un passage de Pomponius, *lib. sing. enchiridii, D.,* 1, 2, 2, 29, selon lequel les décemvirs auraient été créés directement pour exercer cette fonction, n'y auraient jamais été précédés par les ex-questeurs: *Deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praeesset decemviri (in) litibus iudicandis sunt constituti.* M. Wlassak, dans Pauly-Wissowa, v° *Centumviri,* 3, 2, 1899, p. 1937, a essayé de lever la contradiction en supposant que cette fonction aurait d'abord été attribuée aux décemvirs, comme le dit Pomponius, puis aurait passé abusivement aux *quaestorii,* ce qui rendrait compte de la mention qui en est faite par Suétone, et aurait ensuite été rendue aux décemvirs par Auguste, comme dit Suétone et comme prouvent les textes du Principat. Et M. Wlassak a même appuyé son idée sur le passage du monument d'Ancyre, où Auguste se vante d'avoir remis en vigueur par ses lois des institutions en désuétude. Mais ainsi que l'a remarqué M. Kuebler, même recueil, v° *Decemviri,* 4, 2, 1901, p. 2263, le passage de l'inscription d'Ancyre s'explique parfaitement par les lois d'Auguste sur les moeurs et ses tentatives de restauration religieuse, sans qu'il y ait lieu de croire qu'il ait visé là notre détail de procédure, et on ne voit pas comment les *quaestorii* auraient pu, entre le début du VII[e] siècle de Rome, où M. Wlassak place avec raison la création des décemvirs, et l'époque d'Auguste, postérieure d'un siècle à peine, usurper, sans apparence de titre, une fonction que les décemvirs auraient tirée de leur loi d'institution. On ne peut, à notre sens, accepter davantage une autre conciliation proposée par M. Brassloff, *Z. S. St.,* 29, 1908, p. 179, selon laquelle le langage de Suétone s'expliquerait par l'observation qu'avant le temps d'Auguste où les magistratures composant

meilleure, en l'abaissant de trente ans à vingt-cinq.[1]) Je signalerai encore un groupe de dispositions relatives au temps

le vigintivirat furent pour la première fois incorporées dans l'ordre de succession des magistratures, le décemvirat *litibus iudicandis* était occupé après la questure, au lieu de l'être avant, et que par conséquent les fonctions de décemvirs furent jusque là occupées par des *quaestorii*; car, outre qu'il n'est pas prouvé que la questure ait été, dans cette première période, toujours occupée avant le décemvirat, Suétone ne dit pas que les décemvirs qui étaient auparavant *quaestorii* ne le furent plus désormais: il dit que la fonction de *cogere hastam centumviralem* qui était conférée auparavant à des *quaestorii* et non pas à des décemvirs *quaestorii*, fut conférée désormais à des *decemviri*. Il faut donc choisir entre l'allégation de Suétone et celle de Pomponius, et le choix n'est pas douteux en faveur de Suétone, car il a beaucoup plus de souci de l'exactitude historique que Pomponius dont la petite histoire du droit fourmille des confusions chronologiques les plus graves.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 3: *Iudices a tricesimo* (corrigez: *a vicesimo quinto*) *aetatis anno adlegit, id est quinquenio maturius quam solebant.* Le texte, suivant lequel Auguste prit les jurés à partir de la trentième année, c'est-à-dire cinq ans plus tôt qu'auparavant, contient en lui-même une contradiction, car, d'après la *lex Acilia repetundarum*, ligne 13, l'âge des jurés des listes était déjà fixé à trente ans depuis les Gracques; de sorte qu'ou bien l'âge fixé par Auguste était celui de vingt-cinq ans, ou bien il n'était pas de cinq ans plus précoce que l'âge antérieur. Il faut le corriger dans un sens ou dans l'autre. A notre avis, il faut le corriger dans ce qui se corrompt le plus facilement, c'est-à-dire dans le chiffre, en supposant que dans le manuscrit en lettres capitales d'où viennent tous les mss. de Suétone, un copiste a écrit par erreur, à la fin du chiffre XXV, un X au lieu d'un V, que par conséquent Auguste a fixé l'âge des jurés des listes à vingt-cinq ans, auxquels il paraît être resté par la suite, d'après de nombreux textes du temps du Principat: *oratio Claudii* de *B. G. U.*, 611 (Mitteis, *Chrestomathie*, n° 370; Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], 1909, n° 53; Girard, *Textes*[4], 1912, pp. 133—135), qui, dans la meilleure interprétation, demande qu'on ne puisse pas être récupérateur avant d'être entré dans la 24e année, à partir de laquelle on peut être inscrit sur les listes; texte interpolé d'Ulpien, *2 disp.*, *D.*, 42, 1, 57, où il est question à la fois de l'âge de vingt-cinq ans et de l'âge de dix-huit ans, c'est-à-dire de la *plena pubertas* inventée par Justinien (cf. Collinet, *N. R. H.*, 1900, pp. 381—384, Seckel, *Handlexikon*, v° Plenus *in fine*) et qui parlait auparavant du seul âge de vingt-cinq ans, et semble t-il, pour y fixer la capacité des jurés; enfin textes définissant la fonction de juré comme l'un des *munera publica* (Paul, *16 ad Plautium*, *D.*, 5, 1, 78), des *munera personalia* (Arcadius Charisius, *lib. sing. de mun. civ.*, *D.*, 50, 4, 18, 14), qu'on occupe à partir de vingt-cinq ans, d'après le même Ulpien, *11*

dans lequel se rend la justice, de dispositions sur le *rerum actus*[1]), qui apparaissent comme ayant dû être comprises en

ad ed., *D.*, 50, 4, 8) V. pour cette doctrine déjà exprimée en plusieurs endroits par Cujas et soutenue au milieu du XIX[e] siècle par Geib, pp. 202—205, et Rudorff, *Rechtsgeschichte*, 1, p. 95, n. 22, Wlassak, *Processgesetze*, 1, pp. 175—177; Shakburg, *Suetonii divus Augustus*, Cambridge, 1896; Mitteis, *Hermes*, 32, 1897, pp. 641—643; Brassloff, *Z. S. St.*, 22, 1901, p. 171, n. 2; Kuebler, dans Pauly-Wissowa, v°. *Equites Romani*, 6, 1, 1907, p. 301. M. Mommsen garde au contraire le chiffre trente, *Staatsrecht*, 3, 1, p. 537, n. 5; mais il est obligé pour cela de reprendre, p. 534, n. 1, une conjecture de Sigonius, selon laquelle l'âge aurait été porté, dans l'intervalle entre les Gracques et Auguste, à 35 ans; or cette supposition n'est pas seulement gratuite: elle est en contradiction avec le courant politique d'alors qui tend plutôt à l'abaissement constant de l'âge où l'on peut occuper les fonctions. De plus, il faudrait supposer que l'âge aurait été changé ensuite par une disposition nouvelle dont il n'y a pas plus de trace, pour rendre compte de l'*Oratio Claudii* et des deux textes d'Ulpien. Il y a, croyons-nous, encore moins à s'arrêter, malgré sa diffusion parmi les interprètes du XIX[e] siècle (Puchta, Keller, Bethmann-Hollweg) et les éditeurs de Suétone, à un système qui corrige avec Cujas, *Obs.*, 21, 32, le XXX en XX et qui fixe l'âge des jurés des listes à 20 ans. Il s'appuie sur un texte de Callistrate, *1 ed. monitorii*, *D.*, 4, 8, 41 (p. 333, n. 2), selon lequel la loi Iulia défendait que le mineur de vingt ans fût contraint de juger. Ce texte se rapporte, verrons-nous, au juré choisi hors des listes par les parties, qui peut être choisi par elles à partir de l'âge de puberté, mais qui ne peut être contraint à accepter cette mission avant l'âge de vingt ans. Et, dans le texte de Suétone, l'âge de vingt ans n'est pas seulement en contradiction avec le chiffre transmis, que le système doit corriger comme nous, il l'est en même temps avec la finale en face de laquelle il lui faudrait admettre, comme chiffre antérieur, un chiffre de vingt-cinq ans, au lieu des trente ans de la loi Acilia. Enfin l'âge de vingt ans ne s'accorderait ni avec l'*oratio Claudii* ni avec les deux textes d'Ulpien.

[1]) V. sur l'*actus rerum*, Wlassak dans Pauly-Wissowa, 1, 1, 1893, pp. 332—335. On ne détermine pas toujours de la même façon le cercle des opérations judiciaires auxquelles se rapporte cette expression qui désigne, dans les derniers temps de la République et sous le Principat, la marche des affaires judiciaires, et par extension la période où ces affaires sont en activité, où *res aguntur*, par opposition à celle où *res omittuntur*, *proferuntur*, le temps où les tribunaux sont ouverts, par opposition à celui où ils sont fermés. Il est certain, et à peu près incontesté que le système s'applique sous la République à l'activité des jurés civils, tandis que le système des jours fastes et néfastes et comitiaux régit celle des magistrats devant lesquels s'accomplit la

tout ou partie dans un réglement général: ainsi une règle dont Macrobe, ou peut-être plutôt Flavius Mallius Theodorus cité par Macrobe, dit expressément qu'elle fut établie par Auguste dans ses *leges iudiciariae* et qui fixe la durée des vacances des Saturnales à trois jours[1]), une réglementation

---

legis actio. Il n'est guère plus douteux qu'il s'applique, depuis qu'elle existe, à l'activité commune des magistrats et des jurés des *quaestiones perpetuae* auxquels le système des jours fastes et néfastes a toujours été étranger. Je crois également certain qu'il s'est, depuis l'introduction de la procédure formulaire, pareillement appliqué à l'activité du magistrat dans les procès liés par formule, avant et après les lois Iuliae (Gaius, 2, 279), tandis que le système des jours fastes et néfastes, paraît, même après les lois Iuliae, avoir continué à s'appliquer à l'organisation des procès liés par *legis actio*, et que les procès tranchés suivant la procédure extraordinaire ont été indépendants des deux systèmes jusqu'à une refonte opérée postérieurement au texte de Gaius par un sénatus-consulte proposé par Marc-Aurèle (Ulpien, *4 de omn. trib., D.*, 2, 12, 1; *5 ad ed,, D.*, 2, 12, 2; cf. *Vita Marci*, 10, 10).

[1]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4: *Sed Mallius ait eos qui se, ut supra diximus, Saturni nomine et religione defenderant per triduum festos instituisse dies et Saturnalia vocavisse, unde et Augustus huius, inquit, rei opinionem secutus in legibus iudiciariis triduo servari ferias iussit.* Un peu plus loin, *Sat.*, 1, 10, 23, Macrobe désigne la même mesure par les mots: *ex edicto Augusti quo trium dierum ferias Saturnalibus addixit.* Le premier passage parle donc de *leges iudiciariae* d'Auguste, et le second d'un édit d'Auguste. On doit sans aucun doute préférer la version du premier passage, à la fois parce que c'est là que se trouve l'exposé détaillé de la question, parce que Macrobe, au lieu d'y parler lui-même, y fait une citation de l'ouvrage technique de Flavius Mallius Theodorus (cf. Teuffel-Kroll, *Gesch. d. Röm. Literatur,* 3, 1913, 442, 3), et parce que cette version est constitutionellement beaucoup plus vraisemblable (cf. Mommsen, *Strafrecht*, 2, 905. 906. 3, 1052—1057). Mommsen lui-même qui, dans son *Strafrecht,* où il attribue les lois Iuliae *iudiciariae* à César, relève la contradiction de Macrobe, p. 129, n. 2 signale, *C. I. L.*, I², p. 337, le texte comme prouvant que la règle vient des lois judiciaires d'Auguste. Suivant la relation du texte, la fête des Saturnales, dont le jour était sous la République, le 17ᵉ jour de décembre, soit dans le calendrier d'alors où le mois de décembre n'avait que 29 jours, le 14ᵉ jour avant les calendes de janvier, mais dont les réjouissances se prolongeaient pratiquement pendant sept jours pleins, du 17 au 23 décembre (Novius chez Macrobe, 1, 10, 3; cf. Cicéron, *Ad Att.*, 13, 52, 1), fut fixée par Auguste aux 17, 18, et 19 décembre, parce qu' à la suite de la réforme du calendrier de César qui avait ajouté deux jours à la fin du mois de décembre, on n'aurait pas su si la fête se trouvait au 17 décembre, qui était désormais le 16ᵉ jour

des jours fériés rapportée par Suétone dont la disposition sur les Saturnales n'a sans doute été qu'une portion, et par laquelle il rendit à la justice civile et criminelle trente jours pris par des *ludi honorarii*[1]), une dispense plus ou moins large de l'obligation de siéger pendant les mois de novembre et de décembre, enfin la concession par voie de roulement d'une année de vacances à chaque décurie de jurés à son tour.[2])

avant les calendes, ou au 14e jour avant les calendes, c'est-à-dire au 19, et que, pour lever la difficulté, Auguste aurait déclarés fériés les deux jours en jeu et le jour intermédiaire. Ainsi que le remarque Mommsen, *C. I. L.*, I², pp. 338 et 288, la réforme peut plus vraisemblablement avoir eu pour but de réaliser une transaction entre la doctrine officielle, qui n'accordait qu'un jour à la fête, et la pratique, qui lui en attribuait sept.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 2: *Ne quod autem maleficium negotiumve inpunitate vel mora elaberetur triginta amplius dies qui honoraris ludis occupabantur, actui rerum accommodarit.* Le caractère des *ludi honorarii* dont Suétone parle là et qui sont aussi définis par Festus, *Ep.*, p. 102: *Honorarios ludos quos et liberalia dicebant*, n'a été éclairci que par la découverte des actes des jeux séculaires (*C. I. L.*, VI, 32323), dont la ligne 126 nous a appris que ce sont des jeux ajoutés à leurs frais par les autorités qui donnent les jeux aux *ludi sollemnes*, des jeux dont les jours s'ajoutent à ceux des *ludi sollemnes*. Cela montre que le texte de l'abrégé de Festus les appelle *liberalia*, non pas par allusion à la fête des *Liberalia* du 17 mai, mais parce qu'ils sont dûs à la libéralité de ceux qui les donnent. V. Mommsen, *Eph. ep.*, VIII, 2, pp. 269—270. Mais, bien qu'on l'ait pas remarqué, cela révèle aussi un lien plus étroit entre les deux mesures d'Auguste rapportées par Macrobe pour les Saturnales et par Suétone pour les *ludi honorarii.* Il s'agit, chez tous les deux, de remise au point de fêtes étendues irrégulièrement, chez Suétone, de la mesure générale, et chez Macrobe, de son application aux Saturnales. Je note aussi tout de suite que les deux textes signalent uniformément la mesure comme appartenant à la fois aux lois *iudiciorum publicorum* et *privatorum*, celui de Suétone en parlant de *negotia et facinora*, et celui de Macrobe en parlant de *leges Iuliae* au pluriel. — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 3, *in fine: Ac plerisque iudicandi munus detrectantibus vix concessit ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset: et ut solitae agi Novembri ac Decembri mense res omitterentur.* Des deux dispositions rapportées, la première est évidemment relative à l'activité des jurés à l'exclusion des magistrats. Tout au plus pourrait-on se demander si elle se rapporte seulement aux trois anciennes décuries ou si elle s'étend aux *ducenarii* pour lesquels sa mise en pratique aurait exigé un réglement spécial, puisqu'à raison de

III. Quant aux dispositions qui nous sont signalées comme venant de lois Iuliae, sans qu'il soit dit si elles viennent de César ou d'Auguste, il faut naturellement écarter celles qui n'ont aucun rapport avec la procédure, mais il faut pareillement éliminer celles venant des lois Iuliae relatives à la procédure, qui ne sont par des lois générales relatives à la procédure civile ou criminelle, mais des lois relatives à la procédure criminelle d'une infraction déterminée, des lois organisant une *quaestio* déterminée.

C'est le cas des lois Iuliae sur la majesté, l'annone et le péculat mentionnées au Digeste sans qu'on puisse savoir avec certitude si elles sont de César ou d'Auguste.[1])

---

leur incompétence dans les affaires criminelles et les affaires civiles importantes, ils n'auraient pu prendre purement et simplement le tiers des affaires de la décurie manquante de jurés complets. Mais il y a sur la seconde disposition une difficulté plus embarrassante. Si elle est provoquée par les sollicitations des jurés, elle a cependant l'air de consister en une suspension générale de la justice pendant les mois de novembre et de décembre. Elle rend donc sans intérêt la disposition particulière la suspendant à cause des Saturnales pendant les 17, 18 et 19 décembre. L'explication la plus facile serait de supposer que les deux dispositions ne seraient pas de la même date, que les vacances des 17, 18 et 19 décembre auraient été portées par les lois Iuliae, et celles de novembre et de décembre par une autre loi postérieure d'Auguste. Seulement, cela ne s'accorde guère avec l'observation que les vacances des Saturnales gardent leur intérêt jusqu' après Auguste; car elles furent portées à cinq jours par Caligula, et de nouveau par Claude (Suétone, *Gaius,* 17; Dion, 59, 6. 60, 25) et Martial atteste la persistance de système sous Trajan, sans à la vérité dire tout à fait clairement qu'il s'agisse de vacances judiciaires (4, 88, 2. 14, 79, 2. 14, 141, 1). Le plus sûr semble donc de supposer qu'il y avait entre les deux règles une différence de champ d'application tenant ou aux procès (c'est l'opinion qu' exprime M. Voigt, p. 507, n. 122, en termes peu clairs), ou aux autorités. Par exemple les vacances des Saturnales s'appliquaient sans aucun doute à la fois aux procès criminels et aux deux phases du *ius* et du *iudicium* des procès civils. Les vacances de novembre et de décembre peuvent s'être appliquées seulement aux procès criminels et à la phase du *iudicium* des procès civils.

[1]) *D.*, 48, 4, *ad legem Iuliam maiestatis*; 48, 12, *ad legem Iuliam annonae*; 48, 13, *ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegiis et de residuis.* V. aussi l'énumération de Macer, *1 de publ. iud. D.*, 48, 1, 1. On ne sait, à notre avis, sûrement pour aucune des trois si elle est de César ou d'Auguste. Mommsen attribue la loi *de maiestate* à Auguste, *Straf-*

des jours fériés rapportée par Suétone dont la disposition sur les Saturnales n'a sans doute été qu'une portion, et par laquelle il rendit à la justice civile et criminelle trente jours pris par des *ludi honorarii*[1]), une dispense plus ou moins large de l'obligation de siéger pendant les mois de novembre et de décembre, enfin la concession par voie de roulement d'une année de vacances à chaque décurie de jurés à son tour.[2])

avant les calendes, ou au 14e jour avant les calendes, c'est-à-dire au 19, et que, pour lever la difficulté, Auguste aurait déclarés fériés les deux jours en jeu et le jour intermédiaire. Ainsi que le remarque Mommsen, *C. I. L.*, I², pp. 338 et 288, la réforme peut plus vraisemblablement avoir eu pour but de réaliser une transaction entre la doctrine officielle, qui n'accordait qu'un jour à la fête, et la pratique, qui lui en attribuait sept.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 2: *Ne quod autem maleficium negotiumve inpunitate vel mora elaberetur triginta amplius dies qui honoraris ludis occupabantur, actui rerum accommodavit.* Le caractère des *ludi honorarii* dont Suétone parle là et qui sont aussi définis par Festus, *Ep.*, p. 102: *Honorarios ludos quos et liberalia dicebant*, n'a été éclairci que par la découverte des actes des jeux séculaires (*C. I. L.*, VI, 32323), dont la ligne 126 nous a appris que ce sont des jeux ajoutés à leurs frais par les autorités qui donnent les jeux aux *ludi sollemnes*, des jeux dont les jours s'ajoutent à ceux des *ludi sollemnes*. Cela montre que le texte de l'abrégé de Festus les appelle *liberalia*, non pas par allusion à la fête des *Liberalia* du 17 mai, mais parce qu'ils sont dûs à la libéralité de ceux qui les donnent. V. Mommsen, *Eph. ep.*, VIII, 2, pp. 269—270. Mais, bien qu'on l'ait pas remarqué, cela révèle aussi un lien plus étroit entre les deux mesures d'Auguste rapportées par Macrobe pour les Saturnales et par Suétone pour les *ludi honorarii*. Il s'agit, chez tous les deux, de remise au point de fêtes étendues irrégulièrement, chez Suétone, de la mesure générale, et chez Macrobe, de son application aux Saturnales. Je note aussi tout de suite que les deux textes signalent uniformément la mesure comme appartenant à la fois aux lois *iudiciorum publicorum* et *privatorum*, celui de Suétone en parlant de *negotia et facinora*, et celui de Macrobe en parlant de *leges Iuliae* au pluriel. — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 3, *in fine: Ac plerisque iudicandi munus detrectantibus vix concessit ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset: et ut solitae agi Novembri ac Decembri mense res omitterentur.* Des deux dispositions rapportées, la première est évidemment relative à l'activité des jurés à l'exclusion des magistrats. Tout au plus pourrait-on se demander si elle se rapporte seulement aux trois anciennes décuries ou si elle s'étend aux *ducenarii* pour lesquels sa mise en pratique aurait exigé un réglement spécial, puisqu'à raison de

III. Quant aux dispositions qui nous sont signalées comme venant de lois Iuliae, sans qu'il soit dit si elles viennent de César ou d'Auguste, il faut naturellement écarter celles qui n'ont aucun rapport avec la procédure, mais il faut pareillement éliminer celles venant des lois Iuliae relatives à la procédure, qui ne sont par des lois générales relatives à la procédure civile ou criminelle, mais des lois relatives à la procédure criminelle d'une infraction déterminée, des lois organisant une *quaestio* déterminée.

C'est le cas des lois Iuliae sur la majesté, l'annone et le péculat mentionnées au Digeste sans qu'on puisse savoir avec certitude si elles sont de César ou d'Auguste.[1])

---

leur incompétence dans les affaires criminelles et les affaires civiles importantes, ils n'auraient pu prendre purement et simplement le tiers des affaires de la décurie manquante de jurés complets. Mais il y a sur la seconde disposition une difficulté plus embarrassante. Si elle est provoquée par les sollicitations des jurés, elle a cependant l'air de consister en une suspension générale de la justice pendant les mois de novembre et de décembre. Elle rend donc sans intérêt la disposition particulière la suspendant à cause des Saturnales pendant les 17, 18 et 19 décembre. L'explication la plus facile serait de supposer que les deux dispositions ne seraient pas de la même date, que les vacances des 17, 18 et 19 décembre auraient été portées par les lois Iuliae, et celles de novembre et de décembre par une autre loi postérieure d'Auguste. Seulement, cela ne s'accorde guère avec l'observation que les vacances des Saturnales gardent leur intérêt jusqu' après Auguste; car elles furent portées à cinq jours par Caligula, et de nouveau par Claude (Suétone, *Gaius*, 17; Dion, 59, 6. 60, 25) et Martial atteste la persistance de système sous Trajan, sans à la vérité dire tout à fait clairement qu'il s'agisse de vacances judiciaires (4, 88, 2. 14, 79, 2. 14, 141, 1). Le plus sûr semble donc de supposer qu'il y avait entre les deux règles une différence de champ d'application tenant ou aux procès (c'est l'opinion qu' exprime M. Voigt, p. 507, n. 122, en termes peu clairs), ou aux autorités. Par exemple les vacances des Saturnales s'appliquaient sans aucun doute à la fois aux procès criminels et aux deux phases du *ius* et du *iudicium* des procès civils. Les vacances de novembre et de décembre peuvent s'être appliquées seulement aux procès criminels et à la phase du *iudicium* des procès civils.

[1]) *D.*, 48, 4, *ad legem Iuliam maiestatis*; 48, 12, *ad legem Iuliam annonae*; 48, 13, *ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegiis et de residuis.* V. aussi l'énumération de Macer, *1 de publ. iud. D.*, 48, 1, 1. On ne sait, à notre avis, sûrement pour aucune des trois si elle est de César ou d'Auguste. Mommsen attribue la loi *de maiestate* à Auguste, *Straf-*

des jours fériés rapportée par Suétone dont la disposition sur les Saturnales n'a sans doute été qu'une portion, et par laquelle il rendit à la justice civile et criminelle trente jours pris par des *ludi honorarii* [1]), une dispense plus ou moins large de l'obligation de siéger pendant les mois de novembre et de décembre, enfin la concession par voie de roulement d'une année de vacances à chaque décurie de jurés à son tour.[2])

---

avant les calendes, ou au 14e jour avant les calendes, c'est-à-dire au 19, et que, pour lever la difficulté, Auguste aurait déclarés fériés les deux jours en jeu et le jour intermédiaire. Ainsi que le remarque Mommsen, *C. I. L.*, I², pp. 338 et 288, la réforme peut plus vraisemblablement avoir eu pour but de réaliser une transaction entre la doctrine officielle, qui n'accordait qu'un jour à la fête, et la pratique, qui lui en attribuait sept.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 2: *Ne quod autem maleficium negotiumve inpunitate vel mora elaberetur triginta amplius dies qui honoraris ludis occupabantur, actui rerum accommodavit.* Le caractère des *ludi honorarii* dont Suétone parle là et qui sont aussi définis par Festus, *Ep.*, p. 102: *Honorarios ludos quos et liberalia dicebant*, n'a été éclairci que par la découverte des actes des jeux séculaires (*C. I. L.*, VI, 32323), dont la ligne 126 nous a appris que ce sont des jeux ajoutés à leurs frais par les autorités qui donnent les jeux aux *ludi sollemnes*, des jeux dont les jours s'ajoutent à ceux des *ludi sollemnes*. Cela montre que le texte de l'abrégé de Festus les appelle *liberalia*, non pas par allusion à la fête des *Liberalia* du 17 mai, mais parce qu'ils sont dûs à la libéralité de ceux qui les donnent. V. Mommsen, *Eph. ep.*, VIII, 2, pp. 269—270. Mais, bien qu'on l'ait pas remarqué, cela révèle aussi un lien plus étroit entre les deux mesures d'Auguste rapportées par Macrobe pour les Saturnales et par Suétone pour les *ludi honorarii*. Il s'agit, chez tous les deux, de remise au point de fêtes étendues irrégulièrement, chez Suétone, de la mesure générale, et chez Macrobe, de son application aux Saturnales. Je note aussi tout de suite que les deux textes signalent uniformément la mesure comme appartenant à la fois aux lois *iudiciorum publicorum* et *privatorum*, celui de Suétone en parlant de *negotia et facinora*, et celui de Macrobe en parlant de *leges Iuliae* au pluriel. — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 3, *in fine: Ac plerisque iudicandi munus detrectantibus vix concessit ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset: et ut solitae agi Novembri ac Decembri mense res omitterentur.* Des deux dispositions rapportées, la première est évidemment relative à l'activité des jurés à l'exclusion des magistrats. Tout au plus pourrait-on se demander si elle se rapporte seulement aux trois anciennes décuries ou si elle s'étend aux *ducenarii* pour lesquels sa mise en pratique aurait exigé un réglement spécial, puisqu'à raison de

III. Quant aux dispositions qui nous sont signalées comme venant de lois Iuliae, sans qu'il soit dit si elles viennent de César ou d'Auguste, il faut naturellement écarter celles qui n'ont aucun rapport avec la procédure, mais il faut pareillement éliminer celles venant des lois Iuliae relatives à la procédure, qui ne sont par des lois générales relatives à la procédure civile ou criminelle, mais des lois relatives à la procédure criminelle d'une infraction déterminée, des lois organisant une *quaestio* déterminée.

C'est le cas des lois Iuliae sur la majesté, l'annone et le péculat mentionnées au Digeste sans qu'on puisse savoir avec certitude si elles sont de César ou d'Auguste.[1])

leur incompétence dans les affaires criminelles et les affaires civiles importantes, ils n'auraient pu prendre purement et simplement le tiers des affaires de la décurie manquante de jurés complets. Mais il y a sur la seconde disposition une difficulté plus embarrassante. Si elle est provoquée par les sollicitations des jurés, elle a cependant l'air de consister en une suspension générale de la justice pendant les mois de novembre et de décembre. Elle rend donc sans intérêt la disposition particulière la suspendant à cause des Saturnales pendant les 17, 18 et 19 décembre. L'explication la plus facile serait de supposer que les deux dispositions ne seraient pas de la même date, que les vacances des 17, 18 et 19 décembre auraient été portées par les lois Iuliae, et celles de novembre et de décembre par une autre loi postérieure d'Auguste. Seulement, cela ne s'accorde guère avec l'observation que les vacances des Saturnales gardent leur intérêt jusqu' après Auguste; car elles furent portées à cinq jours par Caligula, et de nouveau par Claude (Suétone, *Gaius*, 17; Dion, 59, 6. 60, 25) et Martial atteste la persistance de système sous Trajan, sans à la vérité dire tout à fait clairement qu'il s'agisse de vacances judiciaires (4, 88, 2. 14, 79, 2. 14, 141, 1). Le plus sûr semble donc de supposer qu'il y avait entre les deux règles une différence de champ d'application tenant ou aux procès (c'est l'opinion qu' exprime M. Voigt, p. 507, n. 122, en termes peu clairs), ou aux autorités. Par exemple les vacances des Saturnales s'appliquaient sans aucun doute à la fois aux procès criminels et aux deux phases du *ius* et du *iudicium* des procès civils. Les vacances de novembre et de décembre peuvent s'être appliquées seulement aux procès criminels et à la phase du *iudicium* des procès civils.

[1]) *D.*, 48, 4, *ad legem Iuliam maiestatis*; 48, 12, *ad legem Iuliam annonae*; 48, 13, *ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegiis et de residuis.* V. aussi l'énumération de Macer, *1 de publ. iud. D.*, 48, 1, 1. On ne sait, à notre avis, sûrement pour aucune des trois si elle est de César ou d'Auguste. Mommsen attribue la loi *de maiestate* à Auguste, *Straf-*

des jours fériés rapportée par Suétone dont la disposition sur les Saturnales n'a sans doute été qu'une portion, et par laquelle il rendit à la justice civile et criminelle trente jours pris par des *ludi honorarii* [1]), une dispense plus ou moins large de l'obligation de siéger pendant les mois de novembre et de décembre, enfin la concession par voie de roulement d'une année de vacances à chaque décurie de jurés à son tour. [2])

---

avant les calendes, ou au 14e jour avant les calendes, c'est-à-dire au 19, et que, pour lever la difficulté, Auguste aurait déclarés fériés les deux jours en jeu et le jour intermédiaire. Ainsi que le remarque Mommsen, *C. I. L.*, I², pp. 338 et 288, la réforme peut plus vraisemblablement avoir eu pour but de réaliser une transaction entre la doctrine officielle, qui n'accordait qu'un jour à la fête, et la pratique, qui lui en attribuait sept.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 2: *Ne quod autem maleficium negotiumve inpunitate vel mora elaberetur triginta amplius dies qui honoraris ludis occupabantur, actui rerum accommodavit.* Le caractère des *ludi honorarii* dont Suétone parle là et qui sont aussi définis par Festus, *Ep.*, p. 102: *Honorarios ludos quos et liberalia dicebant*, n'a été éclairci que par la découverte des actes des jeux séculaires (*C. I. L.*, VI, 32323), dont la ligne 126 nous a appris que ce sont des jeux ajoutés à leurs frais par les autorités qui donnent les jeux aux *ludi sollemnes*, des jeux dont les jours s'ajoutent à ceux des *ludi sollemnes*. Cela montre que le texte de l'abrégé de Festus les appelle *liberalia*, non pas par allusion à la fête des *Liberalia* du 17 mai, mais parce qu'ils sont dûs à la libéralité de ceux qui les donnent. V. Mommsen, *Eph. ep.*, VIII, 2, pp. 269—270. Mais, bien qu'on l'ait pas remarqué, cela révèle aussi un lien plus étroit entre les deux mesures d'Auguste rapportées par Macrobe pour les Saturnales et par Suétone pour les *ludi honorarii*. Il s'agit, chez tous les deux, de remise au point de fêtes étendues irrégulièrement, chez Suétone, de la mesure générale, et chez Macrobe, de son application aux Saturnales. Je note aussi tout de suite que les deux textes signalent uniformément la mesure comme appartenant à la fois aux lois *iudiciorum publicorum* et *privatorum*, celui de Suétone en parlant de *negotia et facinora*, et celui de Macrobe en parlant de *leges Iuliae* au pluriel. — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 3, *in fine: Ac plerisque iudicandi munus detrectantibus vix concessit ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset: et ut solitae agi Novembri ac Decembri mense res omitterentur.* Des deux dispositions rapportées, la première est évidemment relative à l'activité des jurés à l'exclusion des magistrats. Tout au plus pourrait-on se demander si elle se rapporte seulement aux trois anciennes décuries ou si elle s'étend aux *ducenarii* pour lesquels sa mise en pratique aurait exigé un réglement spécial, puisqu'à raison de

III. Quant aux dispositions qui nous sont signalées comme venant de lois Iuliae, sans qu'il soit dit si elles viennent de César ou d'Auguste, il faut naturellement écarter celles qui n'ont aucun rapport avec la procédure, mais il faut pareillement éliminer celles venant des lois Iuliae relatives à la procédure, qui ne sont par des lois générales relatives à la procédure civile ou criminelle, mais des lois relatives à la procédure criminelle d'une infraction déterminée, des lois organisant une *quaestio* déterminée.

C'est le cas des lois Iuliae sur la majesté, l'annone et le péculat mentionnées au Digeste sans qu'on puisse savoir avec certitude si elles sont de César ou d'Auguste.[1])

---

leur incompétence dans les affaires criminelles et les affaires civiles importantes, ils n'auraient pu prendre purement et simplement le tiers des affaires de la décurie manquante de jurés complets. Mais il y a sur la seconde disposition une difficulté plus embarrassante. Si elle est provoquée par les sollicitations des jurés, elle a cependant l'air de consister en une suspension générale de la justice pendant les mois de novembre et de décembre. Elle rend donc sans intérêt la disposition particulière la suspendant à cause des Saturnales pendant les 17, 18 et 19 décembre. L'explication la plus facile serait de supposer que les deux dispositions ne seraient pas de la même date, que les vacances des 17, 18 et 19 décembre auraient été portées par les lois Iuliae, et celles de novembre et de décembre par une autre loi postérieure d'Auguste. Seulement, cela ne s'accorde guère avec l'observation que les vacances des Saturnales gardent leur intérêt jusqu' après Auguste; car elles furent portées à cinq jours par Caligula, et de nouveau par Claude (Suétone, *Gaius*, 17; Dion, 59, 6. 60, 25) et Martial atteste la persistance de système sous Trajan, sans à la vérité dire tout à fait clairement qu'il s'agisse de vacances judiciaires (4, 88, 2. 14, 79, 2. 14, 141, 1). Le plus sûr semble donc de supposer qu'il y avait entre les deux règles une différence de champ d'application tenant ou aux procès (c'est l'opinion qu' exprime M. Voigt, p. 507, n. 122, en termes peu clairs), ou aux autorités. Par exemple les vacances des Saturnales s'appliquaient sans aucun doute à la fois aux procès criminels et aux deux phases du *ius* et du *iudicium* des procès civils. Les vacances de novembre et de décembre peuvent s'être appliquées seulement aux procès criminels et à la phase du *iudicium* des procès civils.

[1]) *D.*, 48, 4, *ad legem Iuliam maiestatis*; 48, 12, *ad legem Iuliam annonae*; 48, 13, *ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegiis et de residuis.* V. aussi l'énumération de Macer, *1 de publ. iud. D.*, 48, 1, 1. On ne sait, à notre avis, sûrement pour aucune des trois si elle est de César ou d'Auguste. Mommsen attribue la loi *de maiestate* à Auguste, *Straf-*

C'est aussi le cas de la loi ou des lois sur la *vis publica* et la *vis privata*.[1]) On discute si elles viennent de César ou d'Auguste[2]), et si les dispositions sur la *vis publica* et la *vis privata* qui y étaient contenues constituaient les deux parties d'une loi unique ou deux lois distinctes[3]), et l'illustre

---

recht, p. 541, n. 3, parce que, selon Tacite, *Ann.* 4, 34, elle punissait l'injure au prince et à son père, c'est-à-dire à Auguste et à César; mais cela pourrait venir d'un sénatus-consulte complémentaire. Au contraire la peine de l'interdiction de l'eau et du feu portée par la loi d'après Paul, *Sent.*, 5, 29, 1, serait une raison de l'attribuer à César dont Cicéron dit, *Phil.*, 1, 9, 23 (p. 303, n. 1), qu'il a frappé le délit de majesté précisément de cette peine. Mais il reste possible qu'une loi d'Auguste ait remplacé une loi analogue de César, comme la loi de César avait pris la place d'une loi Cornelia peu différente. C'est aussi, à notre avis, sans preuve suffisante, que Mommsen attribue à César la loi *de annona*, p. 852, n. 1, en la confondant tout à fait arbitrairement, p. 854, n. 4, avec la loi *Iulia de modo credendi in Italia* (p. 302, n. 1), et p. 762, n. 1, la loi *peculatus*, qui nous paraît d'ailleurs une loi unique *peculatus, de sacrilegiis et de residuis* (v. pour ce dernier chef contre le doute exprimé par Mommsen, p. 762, n. 2, Ferrini, p. 414, n. 2).

[1]) V. sur la *vis* Mommsen, *Strafrecht*, pp. 652—666, Ferrini, pp. 360—377, et Rein pp. 734—765, qui donne la littérature ancienne dans laquelle il faut particulièrement relever les articles étudiés de Wächter, *N. Arch. f. Criminalrecht*, tomes 11, 12 et 13. — [2]) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23 (p. 303, n. 1) mentionne César comme ayant légiféré sur la *vis* aussi bien que sur la majesté; mais cela ne tranche pas plus pour la *vis* que pour la majesté le point de savoir si les lois dont parlent les jurisconsultes sont de César ou d'Auguste. — [3]) La question a été soulevée par le langage contradictoire des textes qui parlent tantôt d'une loi de *vi publica* et d'une loi de *vi privata* et tantôt d'une loi unique de *vi publica et privata*. Le premier langage est par exemple celui de Macer, *1 de publ. iud.*, *D.*, 48, 1, 1, où il énumère distinctement les lois Iulia *de vi privata*, Iulia *de vi publica* et du Digeste qui consacre à la *vis* deux titres portant pour rubrique *D.*, 48, 6, *ad legem Iuliam de vi publica* et *D.*, 48, 7, *ad legem Iuliam de vi privata*. Le second est par exemple celui du code Théodosien, 9, 10, *ad legem Iuliam de vi publica et privata*, et du code Justinien, 9, 12, *ad legem Iuliam de vi publica et privata* et de la *Collatio*, où l'on trouve cité, 8, 2, 1, Ulpien, *9 de off. procons.*, *ad legem Iuliam de vi publica et privata*. Mais ces textes sont impropres à trancher la question, non seulement parce qu'ils se neutralisent, mais parce que les premiers sont aussi bien conciliables avec l'unité de loi que les seconds avec la dualité, par suite de deux particularités connues de la langue des jurisconsultes: leur habitude de désigner comme des lois multiples les chapitres d'une même loi, en vertu de laquelle ils donnent le nom de *lex Iulia de fundo*

Mommsen a même soutenu que les deux lois Iuliae *de vi publica* et *de vi privata* se seraient confondues avec les deux lois Iuliae *iudiciariae*; que la loi Iulia de *vi publica* se confondait avec la loi Iulia *iudiciorum publicorum* et la loi Iulia de *vi privata* avec la loi Iulia *iudiciorum privatorum.*[1]) D'où il résulterait que les informations sur elles constitueraient autant de témoignages directs sur les lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum.*[2]) Mais, à mon sens, on peut établir que cela n'est pas, que les lois Iuliae sur la *vis* ne se confondent pas avec les lois Iuliae *iudiciariae*, et que même il n'y a pas eu deux lois Iuliae distinctes sur la *vis publica* et la *vis privata*.

L'attribution de la législation julienne sur la violence à

---

dotali au chapitre relatif au fond dotal de la *lex Iulia de adulteriis,* et ils pourraient pareillement qualifier de loi *de vi publica* et de loi de *vi privata* les deux parties d'une lex *Iulia de vi*; leur habitude de désigner des lois multiples comme une seule loi en sous-entendant le mot *lex*, comme fait par exemple Gaius, 2, 45, quand il parle de la prohibition de l'usucapion des *res vi possessae* portée par la *lex Iulia et Plautia*, et qui fait qu'ils auraient également pu renvoyer à deux lois sur la *vis publica* et la *vis privata* comme à une *lex de vi publica et privata.*

[1]) Cette idée avait déjà été exprimée sans grand succès par Heffter, *Gai institutionum commentarius quartus,* 1827, pp. 25—26. Elle a été reprise par Mommsen dans son *Strafrecht* où il l'exprime à deux reprises, d'abord, pp. 128—139, en présentant ces lois comme une exception au caractère spécial des lois romaines relatives au droit criminel, puis p. 655, dans la section spéciale relative à la *vis* (cf. encore incidemment les pp. 191, 1. 218. 344. 541, 2) sans d'ailleurs présenter un exposé systématique de ses arguments, en les dispersant dans les notes des deux passages. La doctrine de Mommsen a été adoptée sans argument nouveau, *Diritto penale*, p. 372, par Ferrini, qui a seulement essayé le premier, pp. 372—376, peu heureusement à mon avis, de la mettre d'accord avec les caractères des faits de *vis* qui auraient été visés par les deux lois. Elle a été solidement combattue, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* 1900, p. 202—205, par le regretté H. F. Hitzig, auquel ont, à la vérité, échappé les deux arguments que je considère comme décisifs. — [2]) Mommsen relève, p. 129, n. 1, les citations de la loi Iulia *de vi*, faites *D.*, 22, 5, 3, 5 (dont il note la similitude avec *Coll.*, 9, 2, p. 324, n. 2), en matière d'excuses des témoins; 1, 21, 1, 2 (p. 324, n. 2), en matière de délégation; 22, 5, 13, en matière de capacité des condamnés pour *calumnia* et 48, 2, 3, 4, au sujet de la reprise par une autre personne d'une accusation tombée.

César ou à Auguste est incertaine, quoique l'on puisse peut-être relever un petit indice en faveur d'Auguste.[1]) Mais il est certain que les règles sur la *vis publica* et la *vis privata* étaient les deux parties d'une loi unique et non pas deux lois distinctes, qu'il n'y avait qu'une *lex Iulia de vi publica et privata*; car sans cela Ulpien ne pourrait pas, dans un passage trop peu remarqué de son traité *de officio proconsulis,* rapporté dans la *Collatio*[2]), renvoyer, pour les incapacités d'être témoin à son chapitre 87 et, pour les dispenses de l'obligation d'être témoin, à son chapitre 88, en ne citant qu'un chapitre unique pour chaque matière: s'il y avait eu deux lois, il lui aurait fallu renvoyer distinctement aux chapitres distincts, portant sans doute des numéros différents, qui auraient réglé les deux matières dans chacune des deux lois.

Et il est pareillement certain que les lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *iudiciorum privatorum* ne se confondent pas

---

[1]) Cet indice, assurément très léger, peut être tiré de ce que la loi Iulia, punissait le coupable de *vis privata* de la peine de la confiscation du tiers du patrimoine (Paul, *Sent.*, 5, 26, 3; Marcien, *14 inst.*, *D.*, 48, 7, 1, *pr.*; Modestin, *2 de poenis*, *D.*, 48, 7, 8), qui se rencontre aussi dans la loi Iulia *de adulteriis* d'Auguste (Paul, *Sent.*, 2, 26, 14), tandis que l'on n'en rencontre pas d'exemple dans la législation de César ni dans le droit antérieur. — [2]) *Collatio,* 9, 2, 1, *Ulpianus, libro VIIII* (Lenel corrige *VIII*) *de officio proconsulis sub titulo ad legem Iuliam de vi publica et privata: Eadem lege quibusdam testimonium omnino, quibusdam interdicitur invitis, capite octogesimo septimo et capite octogesimo octavo.* 2. *Capite octogesimo octavo in haec verba his hominibus: Hac lege in reum testimonium dicere ne liceto, qui se ab eo parenteve eius libertove cuius eorum [libertive] libertave liberaverit, quive iudicio publico damnatus est, qui eorum in integrum restitutus non est, quive in vinculis custodiaque publica erit, quive depugnandi causa auctoratus erit, quive ad bestias depugnare se locavit locaverit, praeterquam qui iaculandi causa ad urbem missus est erit, palamve corpore quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum pecuniam accepisse iudicatus erit. Nec volens quis eorum hac lege in reum testimonium dicit.* 3. *Capite octogesimo septimo his: [Homines] inviti in reum testimonium ne dicunto qui sobrinus est ei reo propioreve cognatione coniunctus, quive socer gener vitricus privignusve eius erit. Et reliqua.* Nous avons mis entre crochets deux mots du manuscrit qui nous paraissent devoir être effacés. Les mots *capite octogesimo octavo* du § 2 sont restitués d'après le § 3, les mots *iudicio publico damnatus erit*, d'après le texte parallèle de Callistrate, *4 de Cogn.*, *D.*, 22, 5, 3, 5.

avec la loi *Iulia de vi publica et privata*; car deux lois ne peuvent pas se confondre avec une loi unique; car les lois Iuliae *publicorum et privatorum* qui sont au moins deux, pour lesquelles Ulpien cite distinctement dans un passage de son traité *de officio praetoris tutelaris* conservé par les fragments du Vatican[1]) le chapitre 26 de la loi *publicorum* et le chapitre 27 de la loi *privatorum* au sujet de la dispense du père de trois enfants, ne peuvent se confondre avec la loi Iulia *de vi publica et privata* qui, d'après le même Ulpien, n'avait qu'un chapitre 87 pour les dispenses de l'obligation d'être témoin et qu'un chapitre 88 pour les incapacités d'être témoin; car en outre, second argument également resté inaperçu, un texte[2]) dont on a trop légèrement admis qu'il prouverait que les règles de la loi Iulia *iudiciorum publicorum* étaient les mêmes que celles de la loi Iulia *de vi* en matière d'incapacité d'être témoin prouve au contraire que les règles des deux lois sur la matière étaient différentes.[3])

---

[1]) *F. V.* 197—198 (p. 330, n. 4). — [2]) Paul, 2 *ad legem Iuliam et Papiam, D.*, 22, 5, 4: *Lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur ut testimonium litis dicat adversus socerum generum, vitricum privignum, sobrinum sobrinam, sobrino sobrina natum, eosve qui priore gradu sint, item ne liberto ipsius, liberorum eius, parentium, viri uxoris, item patroni patronae: et ut ne patroni patronae adversus libertos neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere.* Les mots *neque liberti adversus patronum* constituent une répétition de la dispense du témoignage contre le patron, déjà contenue dans la phrase précédente. Mommsen les supprime. Lenel, n°. 936, les corrige en *neque liberi liberti adversus patronum*, ce qui ajouterait une nouvelle dispense au profit des enfants de l'affranchi. — [3]) Ce texte est signalé comme identique à celui de la *Collatio* dans l'édition Mommsen, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, 3, 1890, p. 168, que j'ai trop légèrement suivie sur ce point, *Textes de droit romain*[4], 1912, p. 587, n. 5, et Hitzig répond seulement à l'argument qui pourrait être tiré de l'identité des dispositions attribuées par la *Collatio* à la loi Iulia *de vi* et par le Digeste à la loi Iulia *iudiciorum publicorum*, en disant qu'il n'est pas surprenant que des dispositions analogues se rencontrent sur une même matière dans une loi générale sur la procédure criminelle et dans une loi spéciale sur une infraction déterminée. Mais en réalité, les dispositions attribuées par l'un des textes à la loi Iulia *de vi* et par l'autre à la loi Iulia *iudiciorum publicorum*, présentent au contraire des différences certaines et constituent par conséquent une preuve décisive de la diversité des deux lois: 1° la loi *de vi* ne porte

Ces deux considérations constituent l'exclusion matérielle de la doctrine de Mommsen, dont il ne serait d'ailleurs pas non plus très difficile de réfuter les arguments.[1]) Le seul qui présente une certaine apparence de force est tiré de la mention faite des lois Iuliae *iudiciorum publicorum et privatorum* à propos de la *vis* dans deux textes[2]); or l'un de ces textes est corrompu et l'autre est interpolé.[3])

---

d'excuse que pour les parents jusqu'au 6° degré (*qui sobrinus est ei reo propioreve gradu*), la loi *iudiciorum publicorum* l'étend au 7° (*sobrinum, sobrinam, sobrino, sobrina natum*): 2° la loi Iulia *iudiciorum publicorum* en porte une pour le patron, la loi Iulia *de vi* ne le fait pas; 3° la loi Iulia *iudiciorum publicorum* porte aussi une excuse pour l'affranchi, la loi Iulia *de vi* le frappe au contraire d'une incapacité.

[1]) En dehors de l'argument qui pourrait être tiré de l'identité prétendue des solutions de *Coll.*, 9, 2, et de *D.*, 22, 5, 4 (p. 325, n. 3) et que Mommsen n'a pas invoqué, en dehors de celui discuté dans les notes qui suivent, et d'ailleurs lui-même plutôt indiqué que développé par Mommsen, p. 656, n. 1, nous n'en apercevons qu'un qui soit présenté à la page 129, n. 1, des développements de la page 128 auxquels Mommsen renvoie p. 655, n. 2. Il y dit que le caractère de *leges iudiciariae* des *leges de vi publica et privata* résulte d'une suite de citations d'elles qui n'ont rien de commun avec la *vis.* Et il énumère les quatre textes du Digeste déjà signalés ici, p. 323, n. 2. Or, sur ces quatre textes donnant des règles d'ordre général portées par la loi Iulia *de vi*, qui ne sont même en réalité que trois (car *D.*, 22, 5, 13, parle d'une disposition qui n'est pas dans la loi *de vi*), Hitzig remarque avec raison que le phénomène se retrouve dans toutes les lois constitutives de *quaestiones perpetuae*, sans qu'elles soient pour cela moins distinctes de la loi générale sur les *iudicia publica*, qu'il y a même des dispositions pour lesquelles on sait qu'elles se trouvaient dans plusieurs de ces lois spéciales à la fois, et que la meilleure preuve que la loi Iulia *de vi* ne différait pas pour cela des autres lois constitutives de *quaestiones* spéciales, c'est qu'elle est étudiée au milieu de ces lois spéciales dans tous les exposés du droit criminel romain. — [2]) Ulpien, *6 ad ed.*, *D.*, 48, 19, 32 (Lenel, 276): *Si praeses vel iudex ita interlocutus sit „vim fecisti", si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Iuliae sequetur: si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit praeses: utrum Iulia publicorum an Iulia privatorum? tunc ex crimine erit aestimandum. Sed si utriusque legis crimina obiecta sunt, mitior lex, id est privatorum erit sequenda.* Ulpien, *69 ad ed.*, *D.*, 43, 16, 1, 2 (Lenel, 1522): *Ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Iuliis prospicitur publicorum et privatorum nec non et constitutionibus principum.* — [3]) Les deux textes sont invoqués simultanément par Heffter et Mommsen; mais il faut les étudier séparément. Pour commencer par

Il faut, au contraire, citer sans trancher la question de savoir si c'était une loi spéciale ou une portion de la loi

---

D., 48, 19, 32, il se demande à propos des incapacités de postuler portées dans le titre *de postulando* de l'édit (que cela montre même avoir été différentes pour la *vis privata* et pour la *vis publica*) comment on saura, quand le juge ne l'aura pas dit, si le délinquant a été condamné pour *vis publica* ou pour *vis privata*; mais il se le demande en désignant les deux infractions comme prévues, l'une par la loi *iudiciorum publicorum* et l'autre par la loi *iudiciorum privatorum*. Cela prouve, dit-on, que la *lex de vi publica* est identique à la *lex iudiciorum publicorum*, et que la *lex de vi privata* l'est à la *lex iudiciorum privatorum*. En réalité, cela ne le prouve pas. D'abord, même pris dans sa forme brute, littérale, le texte ne prouverait pas cela: il prouverait seulement que la *vis*, punie par la législation propre *de vi*, devait en outre être visée quelque part dans la *lex iudiciorum publicorum* et dans la *lex iudiciorum privatorum*: ainsi par exemple dans des articles de ces deux lois punissant des peines des deux variétés de *vis* les infractions à leurs dispositions respectives. C'est encore dans ce sens que le texte est entendu par M. Voigt, p. 518, n. 162. Ensuite cette interprétation elle-même est rendue superflue par le témoignage des Basiliques, 60, 51, 29 (ed. Heimbach, 5, p. 867), relevé par M. Wlassak, *Processgesetze*, 1, 182, n. 16, selon lequel la mention des *leges Iuliae publicorum et privatorum* est le résultat d'une corruption et le texte dans sa forme première ne parlait point de ces lois. V. en ce sens Lenel n°. 276, et Paul Krueger, *Dig.*, 11e et 12e éd. stéréotypes. Les mêmes observations s'appliqueraient sans difficulté à *D.*, 43, 16, 1, 2, qui, dans le commentaire de l'interdit *de vi cottidiana* dit, après la reproduction de la formule de l'interdit, que toutes les violences sont réprimées par les lois Iuliae *publicorum et privatorum* et par les constitutions impériales. Et en effet, la première observation est pareillement faite sur lui par M. Voigt et la seconde par MM. Wlassak et Lenel. Mais il y a, je crois, quelque chose de plus radical à dire sur lui. Ce ne sont pas seulement les mots *publicorum* et *privatorum* qui s'y sont glissés par une corruption, peut-être involontaire; c'est sa solution même qui est interpolée. Elle fait partie d'un ensemble d'interpolations faites systématiquement par les compilateurs de la masse édictale, quand ils sont arrivés à cet endroit des *libri ad edictum* pour mettre sous le nom d'Ulpien la législation de leur temps. A côté de ce texte, qui dit en somme que tous les faits de *vis* sont atteints soit par les lois Iuliae, soit par les constitutions impériales complémentaires, ils en ont mis un autre, encore attribué à Ulpien, *69 ad ed.*, qui, sans parler de la provenance de la règle, dit pareillement que tout fait de violence tombe sous l'accusation de *vis publica* ou de *vis privata* (*D.*, 50, 17, 152, *pr.*: *Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat*), et un troisième, toujours attribué à

Iulia *iudiciorum privatorum*, la loi Iulia *de bonis cedendis* qui permit au débiteur d'échapper à la contrainte par corps en abandonnant dans certaines conditions son patrimoine à ses créanciers.[1])

Il faut ensuite et surtout relever avec soin les témoignages qui rapportent des dispositions des lois Iuliae générales

---

Ulpien, *69 ad ed.*, selon lequel l'expulsion d'un immeuble faite en bande non armée donne lieu à poursuite de *vi privata* (*D.*, 48, 7, 5: *Si quis aliquem deiecit ex agro suo hominibus congregatis sine armis, vis privatae postulari possit*). Or, rien de tout cela n'a pu être écrit par Ulpien, au temps duquel c'était l'expulsion armée qui seule constituait un fait de *vis privata*, et l'expulsion sans armes n'en constituait pas encore un. V. Mommsen, p. 658, n. 7, et Ferrini, p. 375, n. 5 et p. 377. La preuve en est dans le rapprochement de notre texte interpolé relatif à la *vis privata*, et des textes également interpolés relatifs à la *vis publica* (*D.*, 48, 6, 3, 6; 4) avec le texte des Sentences de Paul, 5, 26, 3, qui ne connaît d'autre expulsion constituant un délit de *vis* que l'expulsion en armes et qui n'y voit qu'une *vis privata*. En ce qui concerne en particulier l'expulsion sans armes, il est impossible qu'elle ait été englobée dans le cercle de la *vis privata* par une extension déjà connue d'Ulpien, *69 ad ed.*, et encore inconnue de Paul, *Sent.*, 5, 26, 3, si l'on réfléchit qu'Ulpien a écrit sous Septime Sévère la partie non révisée sous Caracalla de ses *libri ad edictum* (v. Jörs, dans Pauly-Wissowa, v° *Domitius*, 5, 1, 1903, pp. 1501—1507 et les renvois) à laquelle appartient le livre 69 et que les sentences de Paul sont sans doute du règne de Caracalla (v. Girard, *Textes*[4], p. 377 et les renvois; Mommsen, *Strafrecht* p. 1044, n. 8, en place même l'achèvement sous Alexandre Sévère). Mais, si c'est par une interpolation qu'on a fait dire à Ulpien que l'expulsion sans armes est un fait de *vis privata*, si l'expulsion sans armes n'est pas punie au temps d'Ulpien, il ne peut pas avoir écrit dans deux autres textes que les peines de la *vis*, qui ne s'appliquent pas toujours à l'expulsion violente, s'appliquent à tous les faits de violence, les trois textes sont interpolés et les lois Iuliae *iudiciorum publicorum et privatorum* disparaissent avec les solutions mensongères auxquelles on les a mêlées.

[1]) Gaius, 3, 78: .. *Bona .. veneunt ... eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt.* Dioclétien, *C.*, 7, 71, 4: *Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentium ad provincias porrectum esse ... notum est. C. Th.*, 4, 20, *Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt.* Naturellement, quoiqu'en dise Heffter, l'expression *lex Iulia de bonis cedendis* n'empêche pas plus la disposition sur la cession de biens de faire partie de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* que l'expression *lex Iulia de fundo dotali* n'empêche la disposition sur le fond dotal de faire partie de la *lex Iulia de adulteriis.*



sur les *iudicia publica* et *privata*. C'est là que la liste est la plus longue, encore que nous n'y admettions pas tous les textes qu'on a voulu parfois y faire figurer. Il faut la dresser distinctement pour la procédure civile et pour la procédure criminelle.

En procédure criminelle, nous trouvons signalées:

1° Une disposition portant des dispenses de l'obligation de déposer en matière criminelle, mentionnées ou énumérées par trois textes de Paul et de Papinien qui les rattachent à une loi appelée par le premier texte *lex Iulia iudiciorum publicorum*, par le second *lex iudiciorum publicorum* et par le troisième *lex publicorum*.[1])

2°. Une disposition attribuée à la loi Iulia *publicorum* portant que, quand un individu oppose à la poursuite son absolution antérieure à raison du même fait, l'accusation ne pourra être admise avant que la connivence du premier accusateur avec l'accusé constituant le délit de *praevaricatio* n'ait été constatée et qu'il n'ait été statué sur elle.[2])

3° Une disposition de la même loi Iulia *publicorum*, relatée par Paul, qui réglait la rédaction des *libelli inscriptionis* en prescrivant d'y spécifier, pour l'adultère pris comme exemple par Paul, le lieu où l'infraction a été commise, la personne avec qui elle l'a été et le mois dans lequel elle a été accomplie.[3])

---

[1]) Paul, *2 ad legem Iuliam et Papiam*, *D.*, 22, 5, 4 (p. 325, n. 2). Paul, *lib. sing. de gradibus*, *D.*, 38. 10, 10, *pr.*: . . *Praeterea lege iudiciorum publicorum contra adfines et cognatos* (Flor. *agnatos*) *testimonium inviti dicere non cogimur*. Papinien, *1 de adulteriis*, *D.*, 48, 2, 2, *pr.*: *Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege testimonium* (lisez: *testimonium ex lege*) *publicorum invitae non dicunt*. — [2]) Macer, *1 publ. iud.*, *D.*, 47, 15, 3, 1: *Nam si reus accusatori publico iudicio ideo praescribat, quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et absolutum, cavetur lege Iulia publicorum, ut non prius accusetur, quam de prioris accusatoris praevaricatione constiterit et pronunciatum fuerit*. V. sur la *praevaricatio*, Mommsen, *Strafrecht*, pp. 501—503. 480, 3. 491, 1. — [3]) Paul, *3 de adult.*, *D.*, 48, 2, 3, *pr.*: *Libellorum inscriptionis conceptio talis est. „Consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse". utique enim et locus designandus est in quo adulterium

4° Une disposition rattachée par Venuleius Saturninus à la *lex Iulia iudiciorum publicorum* qui limitait le nombre des accusations qu'on pouvait intenter simultanément sans intérêt personnel, à une, dit le texte dans sa forme actuelle, plus probablement à deux.[1])

5° Une disposition attribuée par Papinien à la *lex publicorum* qui réglait la mise en liberté sous caution, au moins pour le cas où l'accusé était un esclave.[2])

6° Une disposition de la loi Iulia *iudiciaria* indiquée par Modestin comme punissant, par voie de renvoi à la loi Iulia *de ambitu*, des peines de l'*ambitus* la partie du procès criminel qui rend visite à son juge.[3])

7° Une disposition dispensant des fonctions de juré le père de trois enfants vivants, de laquelle Ulpien argumente en citant le chapitre 26 de la *lex Iulia publicorum* pour l'interprétation de la dispense analogue admise de son temps en matière de tutelle.[4])

---

commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur et mensis: hoc enim lege Iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt: neque autem diem neque horam invitus conprehendet. Et encore 3, 1: *Quod si libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint* ... V. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 380—386, Hitzig, dans Pauly-Wissowa, v° *Delatio nominis*, 4, 2, 1901, pp. 2425—2427 et les renvois.

[1]) Venuleius Saturninus, 2 *de iud. publ.*, *D.*, 48, 2, 12, 2: *Lege Iulia iudiciorum publicorum cavetur, ne eodem tempore de duobus reis quis quereretur nisi suarum iniuriarum causa.* Le chiffre deux est confirmé par les Basiliques et paraît donc celui du Digeste; mais il est probable que les copistes avaient sous les yeux un manuscrit défectueux; car le maximum des poursuites licites est fixé à deux et non pas à une par une const. de Dioclétien, *C.*, 9, 1, 16, qui a même l'air de faire allusion à la loi Iulia (*contra legis praescripta*) et par Macer, *D.*, 48, 2, 8, et Papinien, *D.*, 48, 5, 6, 3. Le texte de Marcien devait porter primitivement, au lieu de *de duobus*, *de tribus* (Cujas) ou mieux *de plus duobus* (Mommsen). — [2]) Papinien, *1 de adulteriis*, *D.*, 48, 3, 2, *pr.*: *Si servus capitali crimine postuletur, lege publicorum cavetur ut sistendum* (Lenel, P. Krueger: *vadimonium*) *vel a domino vel ab extero satisdato promittatur: quod si non defendatur, in vincula publica coici iubetur, ut ex vinculis causam dicat.* La loi est encore citée dans le § 1: *Nam et lex ipsa prohibet eum absolvi* (Mommsen: *solvi*) *prius quam de eo iudicetur*, qui, par suite de la négligence dont ont souffert les textes de droit criminel, n'a pas été soupçonné d'interpolation à notre connaissance, mais qui nous paraît cependant avoir été sûrement remanié en d'autres points. — [3]) Modestin, 2 *de poenis*, *D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3). — [4]) Ulpien,

8° Une disposition limitant le nombre des défenseurs de l'accusé, de ses *patroni*, à laquelle Asconius fait allusion en disant que cette limitation a été faite après les guerres civiles par la loi Iulia[1]), c'est-à-dire, puisqu'il s'agit de défense en matière criminelle, par la loi Iulia *publicorum*.

En procédure civile, nous relèverons:

1° Le texte qui a révélé pour la première fois la part prise par les lois Iuliae au remplacement des Actions de la loi par les formules, le texte des Institutes de Gaius[2]) qui nous a appris le premier, il y a tantôt un siècle, que la substitution de la procédure formulaire aux Actions de la loi n'a pas été opérée, comme le faisait croire un texte d'Aulu-Gelle[3]), par la loi Aebutia, mais par la loi Aebutia et les lois Iuliae, que les lois Iuliae *iudiciariae*, déjà connues par d'autres témoignages comme ayant codifié la procédure et l'organisation judiciaire en matière civile et criminelle, avaient en outre achevé cette grande transformation seulement commencée par la loi Aebutia.

2° Le maintien exceptionnel de la *legis actio* en matière de *damnum infectum* que Gaius nous apprend au paragraphe suivant avoir été assuré par elles[4]), évidemment par une disposition expresse.

De off. praet. tut., *Frag. Vat.*, 197: *Item. An bello amissi a tutela excusare debeant? Nam et in fascibus sumendis et in iudicandi munere pro superstitibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum capite XXVI* (le manuscrit: *viginti sex*) *item privatorum kapite vicensimo VII de iudicando cavetur. Et puto constituendum ut et a tutelis excusent: proinde sive tres bello amiserit sive unum duosve, pro superstitibus cedent.* 198. *Item. Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? Subsistendum, quoniam lex quidem privatorum kapite XXVII „ex se natos"* (le manuscrit: *senatus*) *appellat, lex vero publicorum kapite XXVI liberorum facit mentionem. Puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus qui in locum filiorum succedunt quae est in filiis.*

[1]) Asconius, *in Scaur.*, ed. Stangl, p. 23: *Defenderunt Scaurum sex patroni, cum ad id tempus raro quisquam pluribus quam quattuor uteretur; at post bella civilia ante legem Iuliam ad duodenos patronos est perventum.* Cf. Tacite, *Dial. de Orat.*, 38. — [2]) Gaius, *Inst.*, 4, 30: *Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus.* — [3]) Aulu-Gelle, 16, 10, 8: *Cum .... omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit.* — [4]) Gaius, *Inst.*, 4, 31: *Tantum ex duabus causis*



3° Le maintien également signalé là par Gaius[1]) de la *legis actio sacramenti* pour la liaison des procès destinés à être déférés aux centumvirs.

4° La disposition de la loi Iulia *iudiciaria* signalée par les Institutes de Gaius et par la paraphrase d'Autun et déjà visée sûrement dans une décision de Trebatius, selon laquelle les *iudicia legitima* s'éteignent par dix-huit mois.[2])

---

permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum. Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est. V. sur les interprétations proposées, Girard, *Manuel*[5], 999, 2 = tr. von Mayr, 1091, 1.

[1]) Gaius, *Inst.*, 4, 31 (p. 331, n. 4). Cf. Aulu-Gelle, 16, 10, 8 (p. 331, n. 3. — [2]) Gaius, *Inst.*, 4, 104: *Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.* Paraphrase d'Autun, 99: *Legitima iudicia anno et sex mensibus ex lege Iulia finiuntur.* La décision de Trebatius est rapportée par Paul, *13 ad ed., D.*, 4, 3, 18, 4 (Lenel, 209): *Dolo cuius effectum est ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.* Cf. P. Tuor, *Die mors litis im römischen Formularverfahren*, 1906, pp. 36—41 et les auteurs cités. Le sens nous parait être que, quand l'instance se trouvait éteinte par la péremption légale avant le prononcé de la sentence par suite de manoeuvres dolosives du défendeur, Trebatius donnait contre celui-ci l'action de dol, non pas pour que le juge lui prescrivit dans son *arbitratus* de se laisser poursuivre à nouveau comme s'il n'y avait pas de péremption, ce qui serait contraire à la loi sur la péremption, mais pour que le demandeur obtienne des dommages-intérêts égaux au préjudice causé par la péremption (d'ailleurs encore à notre avis sur l'arbitratus *iudicis*, à défaut d'exécution duquel seulement on passerait à la condamnation; cf. en sens un peu différent, Pernice, *Labeo*, 2, 1[2], 1895, p. 230, n. 2). Cela dit, M. P. Krueger met das notre texte les mots *legitimis temporibus* entre crochets, et MM. Lenel, n°. 209, et Seckel, *Handlexikon*, v°. *Legitimus*, p. 309, se demandent avec un point d'interrogation s'ils ne doivent pas être remplacés par *anno et sex mensibus*, tous trois évidemment en se posant la même question: celle de savoir si le texte ne parlait pas de la disposition de la loi Iulia relative au *iudicium legitimum*. L'affirmative peut être, à mon avis, non seulement supposée, mais prouvée: il s'agit certainement là du *iudicium legitimum* à l'exclusion du *iudicium imperio continens*, au cas duquel

5° La disposition selon laquelle le juré d'un procès ne peut à peine de nullité, statuer sur lui comme *arbiter ex compromisso*, rapportée par Ulpien comme contenue dans une loi Iulia qui ne peut être qu'une loi Iulia *iudiciorum privatorum,* notamment parce qu'il n'y a pas d'*arbiter ex compromisso* en matière criminelle.[1])

6° L'excuse accordée d'après un texte de Callistrate[2]), au juré âgé de moins de vingt ans, par conséquent puisqu'on

Trebatius n'aurait pas donné l'action de dol. En effet, l'action de dol est subsidiaire, n'est donnée qu'à défaut de tout autre moyen de droit (*D.*, *h. t.*, 1, 4, etc.); or, au cas de *iudicium imperio continens* où le *iudicium* n'est éteint qu'*exceptionis ope* (Gaius, 4, 106), le demandeur, ayant pour paralyser l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* opposée au renouvellement de son ancienne action une réplique de dol, n'aurait pas besoin de l'action de dol et par conséquent ne l'aurait pas. Il est même à croire, en partant de là, que Trebatius ne donnait sa solution que pour le cas où le droit était éteint *ipso iure* d'après Gaius, 4, 106, c'est-à-dire pour celui où non seulement le *iudicium* était *legitimum,* mais où l'action était personnelle et conçue *in ius.* Je crois en outre qu'il faut reconnaître une seconde mention de la loi Iulia dans les mots *ne aliter observantibus lex circumscribatur;* car ils ont pour but de justifier non pas la délivrance de l'action de dol qui n'est pas faite par une loi et qui n'est pas la solution principale de Trebatius, mais la limitation de son effet aux dommages-intérêts qui est la solution principale de Trebatius et qui a pour but d'empêcher de tourner une loi, la *lex Iulia iudiciaria* de Gaius, 4, 104. A la vérité, M. Tuor, p. 40, dont l'opinion est signalée par M. P. Krueger, a supposé que ces mots auraient été ajoutés par les compilateurs pour viser la constitution *Properandum*, *C.*, 3, 1, 13, qui a porté le délai de la péremption d'instance à trois ans; mais c'est impossible, car cette constitution ne défend pas de recommencer le procès au bout de son délai, et par conséquent on ne la tournerait pas en le recommençant. Le membre de phrase vient si peu des compilateurs que c'est par mégarde qu'ils l'ont conservé au lieu de l'effacer, comme ils auraient dû, en qualité d'allusion à un régime disparu.

[1]) Ulpien, *13 ad ed.*, *D.*, 4, 8, 9, 2 (Lenel, 453): *Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege Iulia: et si sententiam dixerit, non est danda poenae persecutio.* Les mots *inve se compromitti iubere* indiquent peut-être les abus qui ont provoqué la disposition prohibitive expresse. — [2]) Callistrate, *1 ed. monitorii*, *D.*, 4, 8, 41: *Cum lege Iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere: ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit,*

n'est inscrit sur les listes qu'à l'âge de vingt-cinq ans, au juré choisi en dehors des listes par l'accord des parties, par une loi Iulia qui, les jurés pris hors des listes étant étrangers à la procédure criminelle, est la loi Iulia *iudiciorum privatorum*.

7° La disposition relative à la prorogation de compétence de magistrats ayant la juridiction civile qu'Ulpien signale, en en rapportant un membre de phrase, comme portée par une *lex Iulia iudiciorum* qui, d'après le caractère de la disposition, est évidemment une *lex Iulia iudiciorum privatorum.*[1])

---

ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt. A la vérité, on ne rend pas un compte suffisant de l'opposition apparente de ce texte avec d'autres textes fixant la capacité d'être *iudex* à un âge plus avancé (à notre avis à vingt-cinq ans, p. 317, n. 1), en disant simplement, comme on a fait plus d'une fois, qu'il s'occupe de l'*arbiter ex compromisso* et non du *iudex*; car le texte donne sa solution relative à l'*arbiter* précisément en partant de celle de la loi Iulia relative au *iudex*, de celle de la loi Iulia disant que l'on ne peut être contraint à juger avant vingt ans. Mais la solution de la loi Iulia relative au mineur de vingt ans s'explique parfaitement d'une manière déjà indiquée par Cujas, sur la const. 1, *C.*, 10, 49 (aujourd'hui 50), ed. Fabrot, 2, p. 122: en l'entendant de celui qui, sans être inscrit sur les listes, est déjà capable d'être choisi comme *iudex* par les parties, ainsi que cela se présente, verrons-nous, depuis l'âge de puberté. Celui qui est pubère, c'est-à-dire celui dont le développement physique est suffisant dans la doctrine sabinienne, celui qui est âgé de quatorze ans dans la doctrine proculienne (Gaius, 1, 196), peut être valablement choisi comme juré. Mais la loi Iulia lui permet de décliner cette tâche, tant qu'il n'a pas atteint l'âge de vingt ans.

[1]) Ulpien, *3 ad ed.*, *D.*, 5, 1, 2, 1: *Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex Iulia iudiciorum ait „quo minus inter privatos conveniat": sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.* D'après l'analogie de nombreux monuments législatifs contenant les formules: *quominus .... eius hac lege nihilum rogatur* (loi Antonia *de Termessibus* de 683/71, l. 29—30; loi Iulia de 709/45, l. 65; l. 67—68) *quominus .... ex hace lege nihilum rogatur* (*lex de Gallia cisalpina*, c. 2 *in fine*, l. 21—24; fragment d'Este, l. 6—9; loi Julia de 709, l. 75—76) les mots *quominus inter privatos conveniat* viennent sans doute d'une disposition portant, dans les mêmes termes, que la loi n'empêche pas la prorogation conventionnelle de juridiction au profit de certaines autorités: *quominus inter privatos conveniat .... ex hac lege nihilum rogatur.* Il résulte même de la discussion d'Ulpien que la loi n'exigeait pas, à côté du

8[0] La dispense des fonctions de jurés fondée sur le nombre des enfants vivants pour laquelle un texte déjà cité

consentement des parties prorogeantes, le consentement de l'autorité prorogée. Mais elle devait spécifier comment se ferait la prorogation et sur qui elle pourrait porter. Quant au premier point, les textes montrent qu'il ne suffisait pas d'une convention extrajudiciaire (Africain, *7 quaest., D.*, 2, 1, 18) ni même de la comparution devant l'autorité incompétente et de l'ouverture des pourparlers devant elle (Modestin, *3 reg., D.*, 5, 1, 33, où il s'agit évidemment de l'*editio actionis* faite *in iure*; v. Lenel, Z. *S. St.*, 15, 1894, 388, 2); il faut un accord de volonté conclu devant l'autorité prorogée, rendu obligatoire peut-être seulement par la *litis contestatio.* Le point le plus délicat est de savoir sur qui pouvait porter la prorogation. Evidemment, elle ne pouvait porter sur le premier particulier venu: elle ne pouvait porter que sur une autorité. Mais sur quelle autorité? On pourrait espérer trouver la réponse dans un texte d'Ulpien, *1 ad ed., D.*, 5, 1, 1 (Lenel, 194), qui porte: *Si se subiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iuridictionem habet, est iurisdictio.* Si on remarque que le *iudex* dont il s'agit là ne peut être l'*unus iudex*, qui n'a ni tribunal ni juridiction, mais seulement une autorité publique, cela revient à dire que la prorogation peut être convenue au profit de toute autorité qui a un tribunal ou qui, sans avoir ce tribunal, a la juridiction. Mais il suffit d'un peu d'attention pour reconnaître que le texte est interpolé, qu'il ne peut exprimer le droit de la loi Iulia, ni même celui du temps d'Ulpien. D'abord, au point de vue de la forme, ainsi que le remarquent Lenel, *loc. cit.*, et Seckel, *Handlexikon*, p. 292, l'expression *cuiusve iudicis*, où *iudex* est employé dans le sens d'autorité, est sans doute des compilateurs et non d'Ulpien. Ensuite, ainsi que l'a remarqué Pernice, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 136, n. 5, le terme *praeesse tribunali* qui correspond à certaines tournures grecques, qui peut être une transposition latine de ces tournures, ne peut guère être du latin du temps d'Ulpien; car, au temps d'Ulpien, *tribunal* ne veut pas dire en général un corps, mais une estrade, et, si on peut présider un corps, présider à la juridiction, *praeesse iuridictioni*, on ne peut pas présider une estrade, *praeesse tribunali.* Ensuite, au point de vue non plus seulement de la forme, mais du fond, la reconnaissance de la prorogation au profit de tous ceux qui ont un tribunal aboutit à la permettre au profit non seulement de ceux qui ont la *iurisdictio inter privatos*, mais de magistrats de l'ordre administratif tels que les consuls qui ont seulement ce qu'on appelle improprement la juridiction extraordinaire, ce qui est possible pour le temps d'Ulpien, mais de magistrats criminels tels que les préteurs de *quaestiones*, ce qui n'est même pas possible pour le temps d'Ulpien; car une constitution contemporaine d'Ulpien, la const. de Sévère et de Caracalla, *C.*, 3, 13, 1, s'appuie, pour admettre la prorogation de juridiction au profit du *procurator fisci*, sur ce qu'il peut parfois juger des procès entre parti-

d'Ulpien invoque à la fois le chapitre 26 de la loi *publicorum* et le chapitre 27 parallèle de la loi *privatorum.*[1])

culiers, sur ce qu'il a donc la juridiction *inter privatos* au sens impropre d'alors, implique que même alors la prorogation n'est possible qu'au profit d'une autorité ayant cette juridiction. Enfin, il est impossible qu'Ulpien ait parlé des autorités qui ont la juridiction sans avoir de tribunal, car il n'y a d'autorités de ce genre ni du temps de la loi Iulia ni du sien: c'est une distinction qui se rencontre seulement dans le droit de Justinien où l'on peut opposer au magistrat qui siège sur un tribunal le *iudex pedaneus*, le χαμαιδικαστής qui n'en a pas (v. M. Wlassak dans Pauly-Wissowa, h. v°, 3, 2, 1899, p. 2102). Le texte qui nous renseigne, ce n'est pas celui-là. C'est la constitution de Sévère et de Caracalla qui nous apprend qu'au temps d'Ulpien, et à plus forte raison à celui de la loi Iulia, la prorogation ne peut porter que sur une autorité ayant la *iurisdictio inter privatos*, sur une autorité investie d'une juridiction civile qui peut être même la juridiction extraordinaire au temps d'Ulpien, d'après la constitution (v. aussi un peu plus tard le *iudex* de Modestin, *D.*, 5, 1, 33), mais qui évidemment est seulement la juridiction civile de l'*ordo* au temps de la loi Iulia, au plus tard sous Auguste. Elle ne peut avoir lieu hors de ce cercle. Seulement cela ne prouve pas que la loi la permit dans tout le cercle. La seule application de la loi qui nous soit attestée par des preuves directes est la prorogation mentionnée par Ulpien, *D.*, 5, 1, 2, et par Africain, *D.*, 2, 1, 18, au profit de préteurs, qui peuvent être, au temps d'Ulpien, même des préteurs extraordinaires, qui, au temps de la loi, sont seulement les deux préteurs ayant la iuridiction civile de l'*ordo*: le préteur urbain et le préteur pérégrin (pour lequel la possibilité de prorogation rend compte de certaines particularités: dénomination de préteur *qui ius dicit inter cives et peregrinos* substituée sous le Principat à celle de préteur qui *ius dicit inter peregrinos; sacramentum* accompli *apud praetorem urbanum vel peregrinum* de Gaius, 4, 31). En dehors des édiles curules, la question se poserait encore pour les gouverneurs de province et pour les magistrats municipaux. Il semble bien que la prorogation des gouverneurs devait être admise au temps d'Ulpien, d'après l'argumentation de la constitution de Sévère et de Caracalla. Elle est possible, sans être prouvée, pour celui de la loi Iulia où les gouverneurs de provinces sénatoriales tout au moins ont la juridiction de l'*ordo*. Pour les magistrats municipaux, la prorogation est attestée par notre fr. d'Ulpien, *3 ad ed.*, et un fr. de Paul, *1 ad ed.*, *D.*, 50, 1, 28, qui en parlent, à mon avis, tous deux à propos du *vadimonium Romam* (v. Girard, *Mélanges de droit romain*, 1, 1912, pp. 273—280); mais ces textes l'attestent seulement pour le temps des Sévères, pas pour celui de la loi Iulia où son existence est possible, même probable, mais non pas prouvée.

[1]) Ulpien, *De off. praet. tut.*, *F. V.*, 197. 198 (p. 330, n. 4).

9° Le réglement du système de récusation des récupérateurs par le demandeur et le défendeur, pour lequel Auguste renvoie dans l'édit de Venafrum à la loi *de iudiciis privatis.*[1])

10° Les dispositions sur les remises et les renvois, *diffissiones et comperendinationes*, desquelles Aulu-Gelle rapporte qu'il a dû s'instruire dans la loi Iulia et ses commentaires quand il a été appelé par les préteurs à statuer sur les *iudicia privata.*[2])

Nous omettons volontairement de comprendre dans notre énumération la disposition sur les vacances des trois jours des Saturnales signalée par Flavius Mallius Theodorus[3]) quoiqu'elle ait été contenue dans les *leges iudiciariae* et même à la fois dans celles *publicorum* et *privatorum*, parce que nous relevons ici exclusivement les dispositions attribuées à des lois Iuliae sans qu'il soit dit si elles sont de César ou d'Auguste et que Mallius attribue expressément celles-là à Auguste. Pour la même raison, nous signalons seulement hors cadre un texte d'Ulpien relatif à la *lex* qui portait la nullité des sentences rendues les jours fériés[4]),

---

[1]) *C. I. L.*, X, 4842 (Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], n°. 76; Girard, *Textes*[4], pp. 186—188) lignes 65—69: *Tum qui inter civis et peregrinos ius dicet, iudicium reciperatorium in singulas res HS* $\overline{X}$ *reddere, testibusque dumtaxat X denuntiando quaeri placet; dum reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum quocum agetur ita fiet ut ex lege, quae de iudicis privatis lata est, licebit oportebit.* Les lettres *et ut ex lege q* manquent sur le marbre. — [2]) Aulu-Gelle, 14, 2, 1: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi.... Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus.* — [3]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1). — [4]) Ulpien, *77 ad ed.*, *D.*, 2, 12, 6 (Lenel, 1700): *Si feriatis diebus fuerit iudicatum, lege cautum est, ne his diebus iudicium sit nisi ex voluntate partium, et quod aliter adversus ea iudicatum erit ne quis iudicatum facere neve solvere debeat, neve quis ad quem de ea re in ius aditum erit iudicatum facere cogat.* Peut-être ne serait-il pas impossible de suspecter la restriction *nisi ex voluntate partium* d'être une atténuation des compilateurs parallèle à celle qu'ils ont apportée en sens inverse au texte symétrique d'Ulpien, relatif à la sentence de l'arbitre extrajudiciaire, Ulpien, *77 ad ed.*, *D.*, 4, 8, 36 (Lenel, 1700).

quoique, d'après la disposition relative aux Saturnales, il ne soit guère douteux que cette loi soit la *lex Iulia privatorum*, parce qu'elle est aussi, d'après elle, une loi d'Auguste.

Nous omettons pareillement, mais cette fois parce que nous ne pensons pas que ces textes puissent être sûrement rapportés aux lois Iuliae *iudiciariae*, ni à la loi *publicorum*, ni à la loi *privatorum*: une constitution d'Alexandre Sévère, selon laquelle les *leges iudiciorum publicorum* permettent en un sens à déterminer l'intervention d'un représentant judiciaire en matière capitale[1]; trois fragments du Digeste qui parlent de *lex* en matière de délégation de juridiction et de *pignoris capio* des magistrats municipaux[2]; enfin les deux textes déjà signalés qui parlent des *leges publicorum* et *privatorum*, en matière de *vis*, par corruption ou par interpolation.[3]

II.

Quelles conclusions peuvent être tirées de l'analyse et du rapprochement de ces documents quant au nombre, quant

[1]) Alexandre Sévère, *C.*, 9, 2, 3: *Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi leges publicorum iudiciorum permittunt.* M. Voigt, p. 523, n. 183, comprend cette disposition parmi celles de la loi Iulia *iudiciorum publicorum.* Mais le texte, qui ne parle pas de loi Iulia et qui parle de *leges iudiciorum publicorum*, traite, je crois, des lois sur les *iudicia publica* en général: il dit qu'elles contiennent la règle, sans spécifier desquelles il s'agit d'une manière concrète, en englobant la loi Iulia *iudiciorum publicorum* si elle contenait une disposition à ce sujet, mais en ne disant pas si elle le faisait, en ne parlant pas d'elle. Pour l'interprétation de la règle, cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 374, n. 2 et les textes cités de Paul, *Sent.*, 5, 6, 11, et Papinien, *D.*, 48, 1, 13, 1. — [2]) Papinien, *1 quaest., D.*, 1, 21, 1, 1: *Verius est .... more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse.* Paul, *2 ad ed., D.*, 2, 1, 6: *Et quia nec principaliter ei iurisdictio data est nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem.* Ulpien, *18 ad ed., D.*, 9, 2, 29, 7 (au sujet des magistrats municipaux): *Item si dum putat se ex lege capere pignus non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit.* Ces trois textes sont encore rattachés, sans preuve positive à la loi Iulia *iudiciorum publicorum* par M. Voigt pp. 503, n. 110; 506, n. 118; 501, n. 1. — [3]) Ulpien, *6 ad ed., D.*, 48, 19, 32; *69 ad ed., D.*, 43, 16, 1, 2 (p. 326, n. 2). V. sur leur attribution aux *leges Iuliae iudiciariae* défendue à des points de vue différents par Voigt, Heffter, Mommsen, la p. 326, n. 3.

à la date, quant au contenu et quant à la disposition matérielle des lois Iuliae?

Nous nous trouvons là en présence de quatre questions distinctes qui doivent, fût-ce au prix de quelques redites, être étudiées séparément et dont l'ordre d'examen se trouve presque déterminé par la nature des choses. Il faut d'abord fixer le nombre des lois; car il a une importance pour la détermination de leur date et de leur structure. Il faut ensuite chercher leur date; car la détermination des témoignages qui pourront leur être rapportés dépend, sinon de l'année précise où elles ont été rendues, au moins du point de savoir si elles sont de César ou d'Auguste. Enfin, il vaut mieux s'occuper de leur disposition matérielle avant de le faire de leur contenu, parce qu'il y a, par suite de la pauvreté des informations, très peu à dire de leur disposition matérielle, et que leur contenu pourrait au contraire donner lieu à d'assez amples discussions, à raison à la fois du nombre des témoignages et de leurs lacunes.

I. Quel a été le nombre des *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum?*

L'opinion qui se dégage le plus naturellement de l'ensemble des sources et qui, somme toute, a toujours été la plus répandue, est qu'elles ont été au nombre de deux: la *lex Iulia iudiciorum publicorum* et la *lex Iulia iudiciorum privatorum,* constituant les *leges iudiciariae* citées par Macrobe, les *duae Iuliae* citées par Gaius.[1]) Cependant cette opinion générale ne peut être signalée comme unanime. On les avait autrefois réduites à une et on les a de notre temps portées à trois.

L'idée émise anciennement[2]) selon laquelle les lois Iuliae

---

[1]) C'était déjà l'opinion de B. Brisson, *Select. Ant. iuris,* 4, 7 (*Op. min.,* 1749, p. 95) et de G. Noodt, *De iurisd.,* 2, 12 (*Opera,* 1, 1760, p. 110). C'est pareillement celle de Heffter, Voigt et Mommsen aux ouvrages cités p 326, n. 3 de Puchta, *Cursus der Institutionen,* § 163, n. *b*; Keller *Civilprocess,* § 23, n. 273; Bethmann-Hollweg, 2, p. 9, n. 16, Huschke, *Multa u. Sacramentum,* 1874, p. 266; Padelletti, *Storia di diritto romano,* 1878, p. 37; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* 1, 1885, pp. 619—620; Leonhard, *Institutionen,* 1894, pp. 78 et 500, Cuq, dans Daremberg et Saglio, v°. *Lex,* 3, 2, 1904, p. 1149, etc. — [2]) C'est la doctrine développée par Temmink dans la monographie citée, p. 299, n. 1. Elle avait été émise

iudiciorum publicorum et *privatorum* seraient les deux parties d'une loi unique, comme par exemple la loi Iulia *de vi publica* et la loi Iulia *de vi privata,* n'était pas rationnellement inconcevable. Mais elle est écartée par les documents aujourd'hui connus: elle s'accorde malaisément avec le langage de Gaius qui parle des deux lois Iuliae; elle est absolument incompatible avec le passage d'Ulpien conservé dans les Fragments du Vatican qui cite le chapitre 26 de la *lex publicorum* et le chapitre 27 de la *lex privatorum*: une loi unique n'a pas deux séries de chapitres.[1])

C'est en revanche en partant du langage de Gaius sur les deux lois Iuliae que M. Wlassak soutient qu'il y a eu non pas deux lois Iuliae *iudiciariae*, mais trois: une sur les *iudicia publica* et deux sur les *iudicia privata.* Sa doctrine a pour base une observation depuis longtemps faite sur le sens littéral du texte de Gaius; Gaius y représente, a-t-on dit, les Actions de la loi comme ayant été abolies et les formules comme ayant été introduites à côté de la loi Aebutia par deux lois Iuliae; or cela ne peut correctement s'entendre des deux lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum,* car la loi Iulia *publicorum* n'a pu avoir l'occasion ni d'abolir des *legis actiones*, dont on n'usait pas dans les procès criminels, ni d'introduire des formules, dont on n'usait pas davantage dans ces procès. Divers auteurs avaient en conséquence présenté des interprétations plus ou moins hasardées qui, sans rien changer au nombre des deux *leges Iuliae iudiciorum publicorum* et *privatorum* entendaient le texte de Gaius de la loi Iulia *iudiciorum privatorum* et d'une autre loi indépendante; ainsi Rudorff avait pensé pour cette autre loi à la loi Iulia *de repetundis* de 695/59 qui aurait, d'après lui, tout au moins aboli la *legis actio per sacramentum*

---

auparavant par Antonius Augustinus (p. 345, n. 1). Elle a été depuis adoptée par Glück, 3², 1806, p. 206. Il est plus surprenant de la trouver mise sur le pied d'égalité avec la doctrine de la pluralité chez Zimmern, *Geschichte des Römischen Privatrechts,* 1, 1, 1826, § 36, p. 115, quoiqu'il signale, p. 116, les textes rappelés p. 340, n. 1, et encore plus surprenant de la trouver admise en 1889 par Schulin, *Geschichte des Römischen Rechtes,* 1889, à la p. 547 où il cite à la note 1 les *F. V.*, 197. 198.

[1]) Gaius, 4, 30 (p. 331, n. 2); Ulpien, *F. V.* 197. 198 (p. 330, n. 4).

en matière de *repetundae*[1]); Hugo semble avoir songé avant lui à la *lex Iulia de bonis cedendis* qui aurait au moins aboli la *legis actio per manus iniectionem* contre l'auteur de la cession.[2]) M. Wlassak lève plus hardiment et plus complètement la difficulté en conjecturant que les deux lois Iuliae de Gaius seraient deux lois *iudiciorum privatorum* qui auraient l'une et l'autre également substitué les formules aux Actions de la loi, la première à Rome et la seconde dans les autres cités de citoyens[3]): ce qui rendrait parfaitement compte du langage de Gaius, mais ce qui fait qu'il y aurait eu en tout trois lois générales *iudiciorum publicorum* et *privatorum,* une *iudiciorum publicorum,* deux *iudiciorum privatorum,* en dehors des lois spéciales sur les divers *iudicia publica* et des lois peut-être indépendantes sur la procédure civile, telles que la loi Iulia *de bonis cedendis*, et sur la procédure civile et criminelle, telles que les loi Iuliae *iudiciariae* relatives au recrutement des jurés.

La question est de savoir si la conjecture de M. Wlassak doit être admise, si, en laissant même de côté la supposition d'une loi *iudiciorum privatorum* distincte, propre aux municipes, qui est de toute évidence une simple supposition[4]), le

---

[1]) Rudorff sur Puchta § 163, n. *c*; *Römische Rechtsgeschichte,* 2, p. 91, § 27, n. 2. En réalité la *legis actio per sacramentum* a disparu en matière de *repetundae* à partir de la loi Acilia de 631/123 ou 632/122. — [2]) Hugo, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*[11], 1832, p. 771. — [3]) V. Wlassak, *Processgesetze,* 2, pp. 191—201, *Z. S. St.,* 9, 1888, pp. 383—385 et *Processgesetze,* 2, pp. 220—235. La doctrine de M. Wlassak a été adoptée, au moins comme probable, par MM. Ubbelohde dans Glück, série des livres 43—44, 1, 1890, p. 368, n. 69; Roby, *Roman private Law,* 2, 1902, p 347, n. 1; R. Sohm, *Institutionen*[14], 1911, p. 202; Rotondi, *Leges publicae populi romani*, 1912, p. 450, et Bertolini, *Appunti didattici,* 2, 1, 1913, p. 220, n. 1. J'ai moi-même admis dans les diverses éditions de mon *Manuel de droit romain* (éd. 1, 1896; éd. 5, 1911) sinon l'existence d'une loi *iudiciorum privatorum* propre aux municipes, au moins la distinction des deux lois Iuliae de Gaius et de la loi Iulia *iudiciorum publicorum.* — [4]) Les témoignages que M. Wlassak invoque pour prouver que la limitation de la juridiction municipale à un certain taux existait dès le début du Principat (citations de Sabinus, Proculus et Ofilius faites à ce propos dans Gaius, *1 ad ed. prov., D.,* 2, 1, 11, *pr.* 2; Lenel, 56) ne prouvent même pas que cette limitation ait été faite par l'une des lois Iuliae, surtout si l'on admet avec la doctrine que je crois la

iudiciorum publicorum et *privatorum* seraient les deux parties d'une loi unique, comme par exemple la loi Iulia *de vi publica* et la loi Iulia *de vi privata,* n'était pas rationnellement inconcevable. Mais elle est écartée par les documents aujourd'hui connus: elle s'accorde malaisément avec le langage de Gaius qui parle des deux lois Iuliae; elle est absolument incompatible avec le passage d'Ulpien conservé dans les Fragments du Vatican qui cite le chapitre 26 de la *lex publicorum* et le chapitre 27 de la *lex privatorum*: une loi unique n'a pas deux séries de chapitres.[1])

C'est en revanche en partant du langage de Gaius sur les deux lois Iuliae que M. Wlassak soutient qu'il y a eu non pas deux lois Iuliae *iudiciariae*, mais trois: une sur les *iudicia publica* et deux sur les *iudicia privata.* Sa doctrine a pour base une observation depuis longtemps faite sur le sens littéral du texte de Gaius; Gaius y représente, a-t-on dit, les Actions de la loi comme ayant été abolies et les formules comme ayant été introduites à côté de la loi Aebutia par deux lois Iuliae; or cela ne peut correctement s'entendre des deux lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum,* car la loi Iulia *publicorum* n'a pu avoir l'occasion ni d'abolir des *legis actiones*, dont on n'usait pas dans les procès criminels, ni d'introduire des formules, dont on n'usait pas davantage dans ces procès. Divers auteurs avaient en conséquence présenté des interprétations plus ou moins hasardées qui, sans rien changer au nombre des deux *leges Iuliae iudiciorum publicorum* et *privatorum* entendaient le texte de Gaius de la loi Iulia *iudiciorum privatorum* et d'une autre loi indépendante; ainsi Rudorff avait pensé pour cette autre loi à la loi Iulia *de repetundis* de 695/59 qui aurait, d'après lui, tout au moins aboli la *legis actio per sacramentum*

---

auparavant par Antonius Augustinus (p. 345, n. 1). Elle a été depuis adoptée par Glück, 3², 1806, p. 206. Il est plus surprenant de la trouver mise sur le pied d'égalité avec la doctrine de la pluralité chez Zimmern, *Geschichte des Römischen Privatrechts,* 1, 1, 1826, § 36, p. 115, quoiqu'il signale, p. 116, les textes rappelés p. 340, n. 1, et encore plus surprenant de la trouver admise en 1889 par Schulin, *Geschichte des Römischen Rechtes,* 1889, à la p. 547 où il cite à la note 1 les *F. V.*, 197. 198.

[1]) Gaius, 4, 30 (p. 331, n. 2); Ulpien, *F. V.* 197. 198 (p. 330, n. 4).

en matière de *repetundae*[1]); Hugo semble avoir songé avant lui à la *lex Iulia de bonis cedendis* qui aurait au moins aboli la *legis actio per manus iniectionem* contre l'auteur de la cession.[2]) M. Wlassak lève plus hardiment et plus complètement la difficulté en conjecturant que les deux lois Iuliae de Gaius seraient deux lois *iudiciorum privatorum* qui auraient l'une et l'autre également substitué les formules aux Actions de la loi, la première à Rome et la seconde dans les autres cités de citoyens[3]): ce qui rendrait parfaitement compte du langage de Gaius, mais ce qui fait qu'il y aurait eu en tout trois lois générales *iudiciorum publicorum* et *privatorum,* une *iudiciorum publicorum,* deux *iudiciorum privatorum,* en dehors des lois spéciales sur les divers *iudicia publica* et des lois peut-être indépendantes sur la procédure civile, telles que la loi Iulia *de bonis cedendis*, et sur la procédure civile et criminelle, telles que les loi Iuliae *iudiciariae* relatives au recrutement des jurés.

La question est de savoir si la conjecture de M. Wlassak doit être admise, si, en laissant même de côté la supposition d'une loi *iudiciorum privatorum* distincte, propre aux municipes, qui est de toute évidence une simple supposition[4]), le

[1]) Rudorff sur Puchta § 163, n. *c*; *Römische Rechtsgeschichte,* 2, p. 91, § 27, n. 2. En réalité la *legis actio per sacramentum* a disparu en matière de *repetundae* à partir de la loi Acilia de 631/123 ou 632/122. — [2]) Hugo, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*[11], 1832, p. 771. — [3]) V. Wlassak, *Processgesetze,* 2, pp. 191—201, *Z. S. St.,* 9, 1888, pp. 383—385 et *Processgesetze,* 2, pp. 220—235. La doctrine de M. Wlassak a été adoptée, au moins comme probable, par MM. Ubbelohde dans Glück, série des livres 43—44, 1, 1890, p. 368, n. 69; Roby, *Roman private Law,* 2, 1902, p 347, n. 1; R. Sohm, *Institutionen*[14], 1911, p. 202; Rotondi, *Leges publicae populi romani,* 1912, p. 450, et Bertolini, *Appunti didattici,* 2, 1, 1913, p. 220, n. 1. J'ai moi-même admis dans les diverses éditions de mon *Manuel de droit romain* (éd. 1, 1896; éd. 5, 1911) sinon l'existence d'une loi *iudiciorum privatorum* propre aux municipes, au moins la distinction des deux lois Iuliae de Gaius et de la loi Iulia *iudiciorum publicorum.* — [4]) Les témoignages que M. Wlassak invoque pour prouver que la limitation de la juridiction municipale à un certain taux existait dès le début du Principat (citations de Sabinus, Proculus et Ofilius faites à ce propos dans Gaius, *1 ad ed. prov., D.,* 2, 1, 11, *pr.* 2; Lenel, 56) ne prouvent même pas que cette limitation ait été faite par l'une des lois Iuliae, surtout si l'on admet avec la doctrine que je crois la

texte de Gaius peut prouver l'existence des deux lois Iuliae *iudiciorum privatorum* distinctes de la loi Iulia *iudiciorum publicorum*.

Après mûre réflexion, je ne le crois pas. L'admission des deux lois Iuliae *iudiciorum privatorum* est favorisée, si l'on veut, par l'interprétation du texte de Gaius qui rend le plus ingénieusement compte de tous ses termes; elle est contredite par des considérations d'un plus grand poids. Il ne serait pas seulement un peu singulier qu'on ne trouvât aucune trace de l'existence de deux lois générales relatives à la procédure civile dans tout le reste des sources d'où se dégage au contraire si nettement l'impression qu'il y a eu non pas trois lois *iudiciorum*, mais deux: la loi *iudiciorum publicorum* et la loi *iudiciorum privatorum*. Il y a de plus un texte sur lequel M. Wlassak ne s'est pas expliqué et qui est très contraire à l'existence de deux lois *iudiciorum privatorum* à côté de la loi *iudiciorum publicorum*: c'est le passage du traité *de officio praetoris tutelaris* d'Ulpien, dans lequel il parle, à propos de l'excuse des fonctions de juré tirée du nombre d'enfants, des lois sur les *iudicia publica* et sur les *iudicia privata*.[1]) Il ne parle pas d'une loi *publicorum* et de deux lois *privatorum*. Il parle d'une loi *publicorum* et d'une loi *privatorum*. Or de deux choses l'une: ou bien la dispo-

---

meilleure (Mommsen, *Staatsrecht*, 3, pp. 812—818) qu'au lieu de remonter, comme on l'a prétendu autrefois gratuitement, à des temps très reculés et d'y avoir été illimitée, la juridiction municipale ne s'est introduite dans les cités de citoyens qu'à une époque récente postérieure à la guerre sociale et y a été dès le principe enfermée dans des limites étroites qui avaient pu être auparavant les limites de la juridiction des préfets (v. encore Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 581, 3). Ces témoignages prouvent encore bien moins que la limitation ait été faite par une loi Iulia distincte, relative aux cités de citoyens autres que Rome. Il semble même impossible que Gaius ait parlé d'une loi de ce genre dans son ouvrage élémentaire, si l'on remarque, avec M. Wlassak, 2, p. 225, qu'il n'y dit jamais un mot des institutions municipales. Quant aux diversités entre les règles relatives à Rome et celles relatives aux autres cités de citoyens, qui auraient, d'après M. Wlassak, 1, pp. 192—194, mis Auguste dans la nécessité de faire une loi particulière pour ces dernières cités, nous avons peine à croire que leur exposition eût pu causer le moindre embarras au rédacteur d'une loi unique.

[1]) *F. V.*, 197. 198 (p. 330, n. 4).

sition ne se serait trouvée que dans l'une des deux lois *privatorum* et pas dans l'autre, et Ulpien n'aurait guère pu omettre de spécifier dans laquelle; ou, comme il est infiniment plus probable, elle se serait trouvée dans les deux, et il aurait fallu citer la loi de Rome et celle des municipes, ne pas se borner à citer le chapitre 27 de l'une, citer les chapitres évidemment différents sous lesquels elle aurait été portée dans la loi de Rome et dans celle des municipes.[1])

Cela implique qu'il n'y a eu qu'une loi Iulia *iudiciorum privatorum* à côté de la loi Iulia *iudiciorum publicorum*, et en face de la défectuosité de tous les autres essais d'interprétation, c'est une raison pour entendre les deux lois de Gaius dans le sens dont on peut dire qu'il est le plus naturel, dans lequel tout le monde les aurait entendues en dehors de l'objection que nous discutons, pour les considérer tout simplement comme étant les deux lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum*. C'est ce que je crois aujourd'hui, sans d'ailleurs essayer de pallier l'inexactitude apparente par aucune des conjectures forcées qu'on a pu imaginer — influence de la loi *iudiciorum publicorum* sur le *sacramentum* des *repetundae* invoquée du reste à tort par Puchta[2]) — ou qu'on pourrait imaginer encore — rattachement à la même loi de la substitution de la *libelli inscriptio* écrite à la *nominis delatio* verbale[3]), — mais en l'expliquant par une observation beaucoup plus simple et plus prosaïque. Si Gaius a dit des deux lois Iuliae ce qui n'était tout à fait vrai que d'une des lois Iuliae, c'est par suite d'une habitude de langage dont il y a bien

---

[1]) Il serait aussi bien étrange que Gaius, 4, 104 (p. 332, n. 2) ne parlât que d'une seule loi Iulia *iudiciaria* si les deux lois dont il parle au § 30 étaient comme celle-là deux lois relatives à la procédure civile (qui même auraient toutes deux créé des *iudicia legitima* d'après M. Wlassak), et dont il aurait dû dire, 4, 104, si elles avaient des règles différentes ou semblables, du moment qu'il aurait eu rompu une première fois son mutisme ordinaire sur la justice municipale en les nommant toutes deux, 4, 30. Le singulier de 4, 104, s'explique au contraire parfaitement si Gaius parlait, 4, 30, de la loi Iulia *iudiciorum publicorum* et de la loi Iulia *iudiciorum privatorum*, et n'a, 4, 104, à parler que de la seconde. — [2]) Puchta, § 163, n. *c*. Cf. plus haut, p. 341, n. 1. — [3]) V. sur cette substitution Hitzig, dans Pauly-Wissowa v°. *Delatio nominis*, 4, 2, 1901, pp. 2426—2427.

des exemples chez lui et les autres jurisconsultes: de l'habitude de désigner comme venant d'un groupe de lois considéré comme un tout, les règles contenues dans chacune des lois du groupe: ainsi de citer comme venant des lois Iulia et Papia Poppea des règles venant seulement de la loi Iulia ou de la loi Papia Poppea.[1]) Il n'y a pas plus d'obstacle à ce que Gaius cite comme venant des deux lois Iuliae sur la procédure une règle portée seulement par la loi Iulia sur la procédure civile.

II. A quelle date ont été rendues les lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum?*

Le problème peut se décomposer en deux termes. D'abord, y a-t-il des instruments qui permettent de rattacher ces lois ou exclusivement à César, ou exclusivement à Auguste, ou partie à l'un et partie à l'autre? Ensuite, ce premier point tranché dans un sens quelconque, les dispositions venant de César ou d'Auguste peuvent-elles être localisées dans une période plus étroite du règne de l'un ou de l'autre, y être enfermées entre des dates extrêmes restreignant l'incertitude à quelques années ou même être assignées à des années précises?

1. Sur le premier point, des auteurs nombreux ont attribué les lois Iuliae à Auguste.[2]) D'autres ont pensé qu'elles pourraient être en partie de César et en partie d'Auguste.[3])

---

[1]) V. par ex. Gaius, 1, 145; Ulpien, *Reg.*, 1, 16, 2; Ulpien, *F. V.*, 158; Pseudo-Dosithée, 2. Cf. Ulpien, *F. V.*, 214; Paul, *Sent.*, 4, 8, 4. M. Iörs, *Über das Verhältnis der Lex Iulia de mar. ord. zur Lex Papia Poppaea*, Bonn, 1862, soutient à la vérité que la confusion n'aurait été faite qu'après l'époque classique et considère à raison de ces textes toutes les dispositions qu'ils signalent comme ayant été contenues dans les deux lois. Mais c'est résoudre la question par la question, et cela conduit à de grandes invraisemblances. — [2]) C'est l'opinion d'à peu près tous les auteurs cités p. 339, n. 1 sauf de Mommsen et de ceux cités p. 339, n. 2 et p. 341, n. 3. V. encore par exemple dans le même sens Haenel, *Corpus legum*, 1857, pp. 3—4; Hartmann-Ubbelohde, *Ordo iudiciorum*, 1886, pp. 117—146. 465; Seckel, *Handlexikon*, p. 298, v°. *Iulius*, et Pernice et Lenel sur Bruns dans Holtzendorff, *Encyclopädie*, 5e éd. 1889, p. 139 et 7e éd. 1913, p. 350. MM. Bekker, *Aktionen*, 1, 1871, p. 91; Kuntze, *Cursus der Institutionen*, 2, 1879, p. 88, et Baron, *Institutionen*, 1884, p. 395, laissent indécise la question de savoir si elles sont de César ou d'Auguste. — [3]) C'est la doctrine du vieil Hugo, *Gesch. d. römisch.*

Enfin elles ont été attribuées en totalité à César par certains auteurs[1]), en dernier lieu par Mommsen en partant de leur identification avec les lois sur la *vis.*[2])

On a vu plus haut[3]) que l'identification est impossible; car en particulier les lois sur les *iudicia publica* et *privata* qui sont au moins deux, ne peuvent se confondre avec la loi de *vi* qui est une loi unique. Mais, si elle avait été exacte, elle n'aurait pas eu pour résultat de prouver que les lois communes sur la violence et sur la procédure étaient exclusivement de César: elle eût impliqué qu'elles étaient au moins en partie d'Auguste.

Il est en effet un premier point certain: c'est que la réforme procédurale accomplie par les lois Iuliae n'était pas achevée avant l'avènement d'Auguste, qu'elle n'était pas achevée le 15 mars 710/44, jour de la mort de César, ni en matière de *iudicia publica* ni en matière de *iudicia privata.*

En matière de *iudicia privata*, les lois Iuliae ont aboli la *legis actio* partout, sauf aux deux cas du *damnum infectum* et de la *legis actio sacramenti* par laquelle sont saisis les centumvirs. Or le chapitre 61 de la loi de la colonie Genetiva, rendue en l'an 710/44, après la mort de César, montre encore la *legis actio per manus iniectionem* en vigueur dans un cas qui ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre des deux exceptions de Gaius.[4]) Il montre donc que cette disposition des lois Iuliae n'a été rendue qu'après la mort de César, sous Auguste. C'est l'argument le plus topique. Ce n'est pas le seul. Ainsi la disposition rapportée par Ulpien, aux

---

Rechts bis auf Justinian[11], 1832, pp. 717. 771, suivie par exemple avec un peu d'hésitation par Zimmern, 1, 1, 1826, p. 110, n. 6 et 7; puis par Burchardi, *Lehrbuch*, 1, 1841, pp. 152 et 238, et 2, 1, 1842, p. 135, n. 33 qui semble même 1, p. 152, n. 5, à côté des deux lois des *iudicia privata* attribuer respectivement à César et à Auguste, deux lois sur les *iudicia publica*, par Rein, dans Pauly, v° *Lex*, 4, p. 982, et dans un sens un peu différent par Rudorff, aux lieux cités p. 341, n. 1.

[1]) Antonius Augustinus, *De legibus*, Paris, 1584, p. 82, v° *Lex Iulia iudiciaria*, attribue déjà la loi à César en la considérant comme une loi unique. — [2]) V. pour le système de Mommsen, les pp. 322—323. — [3]) V. pp. 324—326. — [4]) *C. I. L.* II, 5439, Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], n° 28; Girard, *Textes*[4], p. 89 et ss. où l'on trouvera la bibliographie.

Fragments du Vatican, du chapitre 27 de la loi *privatorum* apparaît plutôt comme une application du système de primes à la paternité organisé par la loi Iulia *de maritandis ordinibus* que comme une disposition isolée devançant cette loi.[1]) Or la loi Iulia *de maritandis ordinibus* est de 736/18.[2]) C'est donc là une nouvelle disposition qui ne peut remonter au temps de César, qui doit être de celui d'Auguste, de 736/18 au plus tôt.

En matière de *iudicia publica,* nous avons aussi des dispositions qui, les unes probablement, les autres certainement, n'ont été rendues que sous Auguste: en premier lieu celle du chapitre 26 de la loi *publicorum* symétrique au chapitre 27 de la loi *privatorum*[3]) qui applique l'idée de prime à la paternité de la loi Iulia *de maritandis ordinibus,* qui ne peut être antérieure à 736/18; ensuite, par exemple celle limitant le nombre des *patroni* de l'accusé rendue suivant Asconius, après les guerres civiles[4]), c'est-à-dire, dans la langue d'Asconius qui écrit au premier siècle de l'ère chrétienne, non pas seulement après les guerres civiles de César, mais après les guerres civiles en général, aussi bien après celles qui ont suivi la mort de César qu'après celles qui l'ont précédée; ensuite encore, tout à fait certainement, la disposition de la loi Iulia *iudiciorum publicorum* empruntant l'amende de la loi Iulia *de ambitu* pour en frapper le plaideur qui a rendu visite à son juge[5]); car elle ne peut avoir fait ce renvoi à la loi Iulia *de ambitu* de 736/18,

---

[1]) A la vérité, il y a eu dès auparavant des faveurs faites à la paternité, et même aux pères de trois enfants: ainsi dans la loi agraire de César de 695/59 (Suétone, *Caes.*, 20; Appien, *B. C.*, 2, 10; Dion, 38, 7; cf. le même, 43, 25). Mais notre règle ne s'en rattache pas moins avec une sûreté à peu près absolue à la loi Iulia, non pas seulement parce que les règles de cet ordre sont aussi exceptionnelles avant elle qu'elles sont fréquentes depuis, mais parce que c'est évidemment le point de vue d'Ulpien qui cite en conséquence *F. V.*, 197—198 (p. 330, n. 4) d'abord les dispositions de la loi Iulia *de maritandis ordinibus,* puis celles des lois *Iuliae publicorum* et *privatorum* (cf. p. 354, n. 1). — [2]) V. sur sa date les renvois p. 306, n. 1. — [3]) Ulpien, *De off. praet. tut.*, *F. V.*, 197. 198 (p. 330, n. 4). — [4]) Asconius, *In Scaur.*, ed. Stangl, p. 23 (p. 331, n. 1): *At post bella civilia ante legem Iuliam.* — [5]) Modestin, *2 de poenis, D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3).

avant que cette loi fût rendue, avant 736/18, donc avant une date très postérieure à la mort de César.

Ces textes dont on pourrait allonger la liste[1]), prouvent positivement que, soit en matière criminelle, soit en matière civile, des dispositions attribuées aux lois Iuliae viennent d'Auguste, que par conséquent ces lois ne peuvent être exclusivement de César. Ils prouvent en outre par contre-coup, puisque nous avons vu qu'il n'y a eu qu'une loi *iudiciorum publicorum* et qu'une loi *iudiciorum privatorum*, que ces lois viennent exclusivement d'Auguste. Mais pour présenter une démonstration tout à fait complète, il convient de remarquer combien, en dehors de cette preuve directe, en dehors d'autres preuves directes possibles, l'attribution sinon exclusive, au moins principale des lois Iuliae à Auguste, est commandée impérieusement par l'ensemble des sources. Cette impression résulte à la fois de la comparaison pour ainsi dire statistique des témoignages relatifs à César ou à Auguste qui peuvent être rapportés aux réformes judiciaires, et du rapprochement des témoignages qui relatent telles ou telles de ces réformes en les attribuant à Auguste et de ceux qui les relatent en les attribuant aux lois Iuliae

Quant à la statistique d'abord, parmi les dispositions attribuées à César, il n'y en a pas une qui ait dû nécessairement appartenir à une loi de *iudiciis*; il n'y en a que deux qui aient pu à la rigueur figurer dans une loi générale de ce genre: celle de la loi de 708/46 enlevant aux *tribuni aerarii* les fonctions de jurés, qui aurait pu se trouver dans une loi judiciaire générale, mais qui a aussi bien pu se trouver dans une loi judiciaire spéciale au recrutement du jury, comme avaient été auparavant les lois Sempronia, Cornelia, Aurelia *iudiciariae*[2]), et celle rapportée par Suétone[3]), par laquelle il aurait frappé de la confiscation de la

[1]) Par exemple avec le texte de Macrobe, 1, 10, 14 (p. 319, n. 1) qui attribue à Auguste la fixation des vacances des Saturnales à trois jours. — [2]) V. p. 303, n. 3. Elle a même eu nécessairement le second caractère si on lui rapporte, comme il faut, croyons-nous, le faire, le texte de Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19 (p. 303, n. 2) qui parle de *leges iudiciariae* de César, puisque, dans la langue de Cicéron, cette expression ne désigne encore que les lois sur le recrutement des jurys (v. p. 297, n. 1). — [3]) Suétone, *Caes.*, 42, 3 (p. 304, n. 1).

moitié ou de la totalité du patrimoine les personnes frappées de l'interdiction de l'eau et du feu, qui aurait pu se trouver dans une loi sur les *iudicia publica.* Pour Auguste, nous trouvons la disposition rapportée par Dion Cassius comme rendue par lui en 737/17 pour interdire au juré criminel de visiter autrui, et assez probablement celle rapportée par le même Dion comme rendue par lui à la même date pour interdire aux avocats la réception d'honoraires sous la peine du quadruple[1]), donc une ou deux dispositions relatives aux *iudicia publica.* Nous trouvons, d'autre part, pour les *iudicia privata*, la disposition rapportée par Suétone, selon laquelle les *decemviri litibus iudicandis* antérieurement chargés des procès de liberté furent mis par lui à la tête des centumvirs, en matière contentieuse, et, en matière grâcieuse, la *lex Augusti* signalée par Paul au Digeste dispensant le prince des formes de la *manumissio vindicta* pour l'affranchissement entre vifs de ses esclaves.[2]) Nous trouvons, à la fois en matière de *iudicia publica* et de *iudicia privata,* la disposition signalée par Suétone, par laquelle Auguste fixa l'âge des jurés des listes à cinq ans plus tôt qu'auparavant, donc à vingt-cinq ans au lieu de trente[3]) et toutes celles sur le *rerum actus* signalées par Suétone et par Macrobe[4]): celle rapportée par Macrobe, par laquelle il fixa les vacances des Saturnales à trois jours; celles rapportées par Suétone, par lesquelles il rendit à la justice civile et criminelle trente jours occupés par les *ludi honorarii*, il accorda aux jurés des listes une année de repos par roulement et il les dispensa de siéger en novembre et décembre. En laissant de côté les lois relatives au recrutement des jurés de César et d'Auguste, en considérant encore, si l'on veut, comme se balançant, à cause des doutes d'ordres différents qu'on peut avoir sur elles, la disposition attribuée à César sur la confiscation et celle attribuée à Auguste sur les avocats, il reste à l'actif d'Auguste, sans rien d'équivalent pour César, sept

---

[1]) Dion, 54, 18 (p. 308, n. 2; p. 315, n. 1). — [2]) Suétone, *Aug.*, 36 (p. 315, n. 2); Paul, *16 ad Plautium*, *D.*, 40, 1, 14, 1 (p. 310, n. 2). — [3]) Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 317, n. 1). — [4]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1); Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1), 32, 3 (p. 320, n. 2).

à huit dispositions se rattachant aux branches les plus diverses de la procédure civile et criminelle.

Cela rend statistiquement d'une vraisemblance extrême que, sinon toutes, au moins presque toutes les dispositions de nos lois viennent de celui qui est si souvent cité à leur sujet, et non pas de celui qui ne l'est jamais. Mais il est une autre indication encore plus frappante peut-être. C'est celle qui résulte du rapprochement des dispositions attribuées à Auguste et de celles attribuées aux lois Iuliae, de la corrélation vraiment surprenante, pour ainsi dire parfaite, dans laquelle les premières se trouvent avec les secondes.

Les lois Iuliae *iudiciorum publicorum* et *privatorum* sont, au moins en principe, en règle générale, sauf tout au plus la possibilité d'exceptions d'ordre accessoire, dues à Auguste; car les règles que nous savons avoir été contenues dans les lois Iuliae, nous sont, dans l'ensemble, signalées comme venant d'Auguste. Ainsi nous savons que les lois Iuliae se sont occupées du recrutement, de la capacité et des excuses des jurés, à la fois par Callistrate qui nous apprend au Digeste qu'elles permettaient au juré de moins de vingt ans choisi par les parties de décliner sa tâche, et par Ulpien qui les cite aux Fragments du Vatican, pour la dispense du père de trois enfants; nous savons aussi qu'Auguste a réglé ces conditions de capacité, par le texte de Suétone selon lequel il a abaissé de cinq ans l'âge des jurés des listes.[1] Gaius nous apprend que les lois Iuliae se sont occupées de la *legis actio* pour la maintenir à titre exceptionnel dans des conditions qu'elles devaient déterminer, soit pour le cas du *damnum infectum,* soit pour celui des procès déférés aux centumvirs, soit pour la *legis actio* volontaire de la juridiction gracieuse que Gaius ne mentionne pas, mais dont elles devaient parler aussi, puisque sans cela elle eût été englobée dans l'abolition générale des *legis actiones*; nous savons, pour la *legis actio* grâcieuse, qu'elle a été réglée par une loi d'Auguste, la loi dispensant le prince des formes de la vin-

[1]) V., d'une part, Callistrate, *1 ed. monitorii*, *D.*, 4, 8, 41 (p. 333, n. 2) et Ulpien, *De off. pr. tut.*, *F. V.* 197—198 (p. 330, n. 4) et, d'autre part, Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 317, n. 1).

dicte et, pour la *legis actio* contentieuse, qu'il s'est occupé de la justice des centumvirs, qu'il a notamment mis les decemvirs à leur tête.[1]) Ensuite, en procédure criminelle, nous trouvons signalées à la fois comme venant de la loi Iulia et comme venant d'Auguste, non pas une disposition identique, mais deux dispositions si parfaitement symétriques qu'elles apparaissent comme inséparables: l'interdiction des visites faite aux parties par la loi Iulia d'après Modestin, et aux jurés par Auguste d'après Dion.[2]) Enfin, à la fois en matière civile et en matière criminelle, nous avons la preuve, en même temps pour Auguste et pour les lois Iuliae, de règles relatives au *rerum actus*: textes de Suétone pour Auguste, texte de Macrobe encore pour Auguste, mais en même temps pour les lois Iuliae; car ce texte que nous avons voulu en conséquence citer le dernier n'atteste pas seulement que les mêmes règles ont été portées par les lois Iuliae et par Auguste, il dit qu'elles ont été portées par Auguste dans ses lois Iuliae, il rapporte que les vacances des Saturnales ont été fixées à trois jours par Auguste *in legibus iudiciariis*.[3])

Ces témoignages mettent hors de doute non pas seulement la part, mais la part considérable, prépondérante, prise par Auguste à l'oeuvre constituée par les lois Iuliae. Et les auteurs qui ont attribué les lois Iuliae à Auguste, l'ont fait en s'appuyant sur les uns ou les autres d'entre eux. Ils rendent en effet cette attribution infiniment probable. Cependant, à eux seuls, ils ne la rendraient peut-être pas d'une certitude matérielle tout à fait absolue; à eux seuls, ils n'empêcheraient pas matériellement qu'à côté des lois Iuliae rendues par Auguste sur la plupart des matières civiles et criminelles, il eût pu y avoir une autre loi Iulia de César qui eût réglé quelque petit point de la procédure civile ou criminelle. Au contraire, le doute s'évanouit en face de la démonstration selon laquelle ces lois n'ont été en tout que deux. Ainsi qu'il arrive souvent dans les recherches de cet

---

[1]) V., d'une part, Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4) et, d'autre part, Paul, *16 ad Plautium*, *D.*, 40, 1, 14, 1 (p. 310, n. 2) et Suétone, *Aug.*, 36 (p. 315, n. 2). — [2]) Modestin, *2 de poenis*, *D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3). Dion, 54, 18 (p. 315, n. 1). — [3]) Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1). 32, 3 (p. 320, n. 2). Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1).

ordre, ce fait spécial vient transformer en certitude les probabilités extrêmes tirées d'une foule d'autres faits en même temps qu'il trouve lui-même dans ces probabilités le plus solide des appuis. Auguste n'est pas seulement l'auteur de deux lois Iuliae *iudiciariae*, d'une importante loi sur les *iudicia publica* et d'une importante loi sur les *iudicia privata*. Il est l'auteur des deux lois Iuliae *iudiciariae*, de la loi Iulia *iudiciorum publicorum* et de la loi Iulia *iudiciorum privatorum*.

2. A quelle époque les a-t-il proposées?

Il n'y a pas à notre sens de témoignage positif commun sur la date des deux lois.[1]) La question doit donc être posée et résolue distinctement pour la loi Iulia *iudiciorum publicorum* et pour la loi Iulia *iudiciorum privatorum*, quoiqu'on puisse remarquer qu'elles ont dû sans doute être proposées à des époques voisines à raison de l'espèce d'unité dans laquelle elles paraissent avoir été rassemblées et qui

[1]) A la vérité, on pourrait en chercher et on en a cherché un dans le texte de la chronique de Cassiodore qui rapporte sous la date de l'an 727/27 (ed. Mommsen, *Mon. Germ.*, *Chron. Min.*, 2, 1894, p. 135): *C. Caes. VI* (lisez: *VII*) *et M. Agrippa III*: *Caesar leges protulit, iudices ordinavit, provincias disposuit et ideo Augustus cognominatus est.* Huschke, qui a plus tard abandonné cette idée (p. 353, n. 1) s'est appuyé sur ce texte, *Römisches Jahr*, 1869, p. 339, n. 265 à côté d'un passage moins moins important de Velleius, 2, 89: *Restituta vis legibus, iudiciis auctoritas*, pour placer les lois Iuliae en 727. Il ne suffit même pas, pour écarter ce texte, de renvoyer, comme le fait M. Wlassak, *Processgesetze*, 1, p. 185, n. 23, à l'étude de Mommsen sur la chronique de Cassiodore, *Abh.* de Leipzig, 3, 1861, p. 568; car, à cette page (= *Ges. Schr.* 7, 1909, p. 687), Mommsen parle de la faible valeur des notices ajoutées par Cassiodore aux dates consulaires, à partir de l'an 31 après J.-C., d'après Jérome et Prosper, et notre citation appartient à celles antérieures à cette date que Mommsen rattache à Tite-Live et à Aufidius Chius, plus précisément, pour l'époque antérieure à l'an 745/9 où s'arrête Tite-Live, à un abrégé de Tite-Live. Si cet extrait venant d'une bonne source ne peut prouver que les lois Iuliae aient été rendues en 727/27, c'est uniquement parce qu'il est trop vague pour avoir nécessairement ce sens et qu'il ne peut l'avoir en face des preuves selon lesquelles les lois Iuliae n'étaient pas encore rendues en 736/18. — Nous ne savons en partant de quelles considérations Haenel, *Corpus legum*, 1857, pp. 3—4, les place toutes deux avec le signe par lequel il indique le doute, entre l'an 726 et l'an 745. — Parmi les considérations indiquées plus bas, celles présentées p. 363, n. 5 et p. 364, n. 1 sur la réforme du

se manifeste notamment, pas exclusivement[1]), dans la symétrie de plan révélée par les chiffres de chapitres rapportés par Ulpien aux Fragments du Vatican.[2]) A s'en tenir à ce dernier point, si les deux lois avaient été rendues en vertu de pensées indépendantes à plusieurs années de distance, elles n'auraient pas, au bout de vingt-six chapitres, traité toutes deux, à un numéro de chapitre près, la même matière au même endroit.

La loi Iulia *iudiciorum publicorum* est très nettement datée. Elle est un peu postérieure à l'an 736/18; car non seulement le système de primes à la paternité appliqué dans son chapitre 26 se rattache principalement à la loi Iulia *de maritandis ordinibus* de 736, mais elle procède par renvoi à la loi Iulia *de ambitu* de 736 pour appliquer l'amende de cette loi au plaideur qui visite son juge.[3]) Plus précisément, elle est de l'an 737/17, parce que cette disposition interdisant la visite des parties au juge est certainement corrélative à celle relatée par Dion Cassius comme portée par Auguste pour défendre les visites du juge[4]), parce que c'est certainement dans la même loi, sans doute sous la peine uniforme de la loi *de ambitu*, qu'Auguste a défendu les visites à

---

mode de recrutement des jurés, sur celle de la revue des chevaliers et sur la relation possible des deux avec le changement du jour de la fête de l'Honos et de la Virtus rapporté par Dion conduiraient à la fois pour les deux lois Iuliae à la date de 737; mais ces considérations sont en partie si hypothètiques que nous n'avons même pas voulu les faire figurer dans notre discussion de cette date.

[1]) On peut relever dans le même sens la façon dont Macrobe, p. 319, n. 1, après avoir cité les deux lois au pluriel, 1, 10, 4, les désigne au singulier comme un seul édit d'Auguste, 1, 10, 23, et celle dont Gaius, 4, 30, désigne comme venant des deux lois Iuliae une réforme opérée exclusivement par la loi Iulia *iudiciorum privatorum*. En revanche, c'est à tort, croyons-nous, que Mommsen, *Strafrecht*, p. 128, n. 2 voit des exemples de citations des deux lois faites comme si elles n'en constituaient qu'une, non seulement en partant de sa conception de la loi de *vi*, dans Ulpien, *Collatio*, 9, 2, 1, mais dans Gaius, 4, 104, où il s'agit d'une seule loi et non de deux; la loi Iulia *iudiciorum publicorum* n'a rien à voir dans l'extinction par dix-huit mois des *iudicia legitima* de la procédure civile. — [2]) Ulpien, *De off. pr. tut.*, *F. V.*, 197—198 (p. 330, n. 4). — [3]) V. pour le premier point, Ulpien, *De off. pr. tut.*, *F. V.*, 197—198 (p. 330, n. 4; cf. p. 346, n. 1); et pour le second, Modestin, 2 *de poenis D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3). — [4]) Dion, 54, 8 (p. 315, n. 1).

la fois aux jurés et aux parties, et que cette loi est placée en 737 par Dion.[1])

Cette détermination entraîne si l'on veut par contrecoup la détermination approximative de la date de la loi Iulia *iudiciorum privatorum* symétrique rendue sous la même inspiration, et la date de 737 est donnée pour les deux lois principalement en partant de là par M. Wlassak et par d'autres auteurs.[2]) Cependant l'argument n'a plus ici la même précision et la question doit être étudiée séparément.

Nous pouvons dire que la loi *iudiciorum privatorum* est sans doute postérieure à la loi Iulia *de maritandis ordinibus* dont elle applique les idées au père de trois enfants vivants et même probablement à la loi Iulia *iudiciorum publicorum* de 737; car il est probable qu'Ulpien qui, dans le texte des

[1]) L'attention a été particulièrement attirée sur ce rapprochement probant par M. Wlassak, *Processgesetze*, 1, p. 180. Il remarque, p. 185, n. 22, que la date de 737 avait déjà admise auparavant par M. Voigt, *Berichte* de l'Académie de Saxe, 34, 1882, p. 114, et dans la table du *Ius naturale*, 1875, p. XXXI [aussi *Ius naturale*, 3, 1875, p. 1197] et que Huschke, *Multa u. Sacramentum*, 1874, p. 786 donne celle de 736 [peut-être en adoptant par mégarde la numération des Fastes du Capitole qui est en retard d'un an sur la numération Varronienne ordinairement suivie par lui et où l'an 17 av. J.-C. est l'an 736 au lieu de l'an 737]. On peut remonter plus haut dans la voie des précédents. Le raisonnement tiré du rapprochement du texte de Dion et de celui de Modestin est déjà fait explicitement par Temmink, pp. 73—74. Seulement il attribue le consulat de C. Furnius et de C. Iunius Silanus, sous lequel Dion rapporte la disposition d'Auguste, à l'an 730 de Rome soit par une confusion chronologique, soit peut-être plutôt par une simple faute d'impression; car il a suffi pour produire le chiffre 730, qu'on ait imprimé un 0 au lieu d'un 6 dans la date de 736 assignée à ce consulat suivant la numération des Fastes du Capitole par Pighius et Sigonius. Le raisonnement et l'erreur de numération sont reproduits par Glück, 3, 1[2], 1806, pp. 205, n. 23 et 206, n. 25. En revanche, la date correcte de 737 se trouve déjà donnée chez Haubold, *Institutionum iuris Romani delineamenta*, ed. 2, 1826, p. 173, § 211, 4, n. *d*, et p. 430, § 820, n. *b*. — [2]) Wlassak, *Processgesetze*, 1, pp. 185—186, invoque en outre le fait que la défense des visites s'appliquerait à tous les jurés et que celle de recevoir des honoraires s'appliquerait aussi bien aux avocats civils que criminels. Mais nous croyons la première idée inexacte (p. 315, n. 1) et la seconde n'empêcherait pas que la prohibition relative aux avocats fut exclusivement dans la loi *iudiciorum publicorum* (v. en ce sens Voigt, p. 526).

Fragments du Vatican sur les avantages de la paternité, cite d'abord dans l'ordre chronologique la loi Iulia *de maritandis ordinibus* de 736 et la loi *Iulia publicorum* de 737, suit encore l'ordre chronologique en citant la loi Iulia *publicorum* de 737 avant la loi Iulia *privatorum.*[1]) En sens inverse, nous pouvons dire que la loi Iulia *iudiciorum privatorum* était déjà rendue en l'an 743/11; car l'édit de Venafrum sans doute antérieur à la création du *curator aquarum* faite en cette année[2]), renvoie aux règles de la loi Iulia pour les *reiectio* des récupérateurs[3]) Il est déjà plus douteux qu'on puisse l'affirmer antérieure à l'an 741, parce que Dion Cassius représente incidemment sous cette date les *decemviri* comme déjà chargés de la réunion des *centumviri* qui leur fut confiée par Auguste[4]), sans doute par la loi *Iulia privatorum*, car Dion peut ne penser dans ce membre de phrase qu'aux institutions de son temps. Il est tout à fait gratuit de la supposer, comme a fait M. Wlassak, au plus tard, de 740/12, parce qu'elle est connue de Trebatius qui n'aurait pu vivre au delà de cette date[5]); car cet argument n'est pas seulement un de ces arguments tirés de la durée générale de la vie humaine, qui n'ont pas de valeur pour les cas particuliers; il est directement anéanti par des témoignages qui prouvent que Trebatius vivait encore après 751/3, et même peut-être encore six ans après.[6]) On ne pourrait trouver, à mon avis,

---

[1]) Ulpien, *De off. pr. tut. F. V.*, 197 (p. 330, n. 4): ... *ut lege Iulia de maritandis ordinibus .... et publicorum capite XX VI, item privatorum capite vicensimo VII .... cavetur.* — [2]) Création du *curator aquarum* en 743: Frontin, *De aqu.*, 99. 100. 104; cf. Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 1045, 3. 1046, 4. Antériorité de l'édit de Venafrum à sa création: Mommsen, *Ges. Schr.*, 3, p. 97. — [3]) *C. I. L.*, X, 4842, l. 65—99 (p. 337, n. 1). — [4]) Dion, 54, 26 (p. 315, n. 2). — [5]) V. p. 332, n. 2, le texte de Paul, *D.*, 4, 3, 18, 4, d'après lequel Trebatius a commenté la loi Iulia. Selon M. Wlassak, *Process-gesetze*, 1, pp. 186—187, il n'aurait pu le faire après l'an 740, parce qu'il aurait eu environ soixante dix ans en 737, d'après Teuffel, *Literaturgeschichte*, p. 702 (= ed. Schwabe, 1[5], 1890, § 207, n. 3) où la naissance de Trebatius est placée vers 665/89. — [6]) D'après Justinien, *Inst.* 2, 25, *pr.*, Trebatius, *cuius tunc auctoritas maxima erat*, a été un des jurisconsultes consultés par Auguste sur la question de savoir s'il fallait reconnaître la validité des codicilles, à propos de ceux laissés par un certain Lucius Lentulus, qui les écrivit *cum decederet in Africa.* Or comme le remarquent tous les biographes de Lentulus, si ceux de Trebatius

un terme extrême plus étroit qui placerait la loi avant la fin de 737/17, et qui reculerait même par contre-coup à une période antérieure de 737 la loi Iulia *publicorum* qu'en partant d'une autre considération qui ne me semblerait d'ailleurs pas dénuée de vraisemblance: ce serait en considérant la loi d'Auguste qui a dispensé le prince des formes de l'affranchissement par la vindicte comme une loi générale le dispensant des formes judiciaires dans tous les cas où l'existence de ces formes l'empêcherait de procéder à la *legis actio* devant aucun magistrat et comme l'ayant par exemple seule mis à même de procéder à la *vindicatio filii* par laquelle se termine l'adoption, ainsi que nous le croyons pour notre part, et en admettant, comme nous le croyons également, que cette disposition dispensant le prince des formes de la *legis actio* n'était qu'une disposition de la *lex Iulia iudiciorum privatorum*[1]): alors l'adoption des enfants d'Agrippa Lucius et Gaius par Auguste en 737[2]) serait une preuve que la loi *iudiciorum privatorum* avait déjà été rendue alors, avant la fin de 737, et que par contre-coup la loi *iudiciorum publicorum* avait été rendue dans la même année un peu auparavant. Si on trouve cette combinaison trop fragile ou trop compli-

omettent assez singulièrement de le faire, ce Lucius Lentulus est parfaitement connu. C'est L. Cornelius Lentulus, cos. 751/3, que ce texte nous apprend être mort en Afrique assez probablement comme proconsul. V. en dernier lieu Klebs, *Prosopographia imp. Rom.*, 1, 1897, p. 453, n° 1130; Groag, dans Pauly-Wissowa, 4, 1, 1900, pp. 1371—1372, v° *Cornelii*, n° 198. Il est donc mort après son consulat de 751/3, et, s'il était en Afrique en qualité de proconsul, il est, à raison des délais observés alors entre le consulat et le proconsulat (Dion, 53, 14; cf. Mommsen, *Staatsrecht*, 2, p. 242, n. 4) mort probablement au plus tôt en l'an 757 de Rome, 4 ap. J.-C.; cf. Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, 1, 1, 1896, p. 88. Par conséquent Trebatius, qui a été consulté sur ses codicilles après son décès, était encore vivant après 751 et peut-être après 757.

[1]) V. pour le premier point, la p. 312, n. 2 et pour le second les pp. 313—314. — [2]) V. p. 312, n. 2. L'année est attestée par Dion, 54, 18, et elle paraît l'avoir été aussi par la Chronique d'Eusèbe (cf. l'ed. Schoene, 2, pp. 142—143); mais on ne connaît malheureusement pas le jour; la date du 29 mai donnée dans quelques ouvrages anciens vient d'une restitution gratuite et certainement fausse du calendrier d'Amiternum. V. la restitution vraie *C. I. L.*, I², pp. 243 et 319, où la disposition est en outre justement rapportée au 28 et non au 29 mai.

quée, on ne peut, je crois, relever de témoignage direct avant 743. Mais l'incertitude peut être à mon avis sensiblement réduite par une autre voie. Les deux lois symétriques ne peuvent avoir été séparées par un trop long intervalle de temps: par des mois peut-être, peut-être par une année, mais point par plusieurs années, par quatre ou cinq ans. Or si cela est vrai, la première ayant été rendue en 737, la seconde, qui ne peut en être séparée par plusieurs années, doit avoir été rendue avant qu'Auguste quittât Rome pour le long voyage dont il ne revint qu'en 741/13 et pour lequel il se mit en route dans le cours de 738/16.[1]) Cela ne met pas la loi en 737, mais cela la met en 737 ou dans les premiers mois de 738. La loi Iulia *iudiciorum publicorum* est de 737. La loi Iulia *iudiciorum privatorum* est de 737 environ, du courant de 737 ou du début de 738. Elles ont été l'une et l'autre proposées par Auguste à la plèbe en vertu de sa puissance tribunicienne, qui était, en ces années, le seul pouvoir en vertu duquel il pût faire voter des lois.[2])

III. Il y a très peu à dire sur la structure matérielle des lois Iuliae parce que nous savons très peu sur elle.

Nous connaissons de leur texte littéral uniquement le membre de phrase *quo minus inter privatos conveniat* de la clause sur la prorogation *quo minus inter privatos conveniat . . . ex hac lege nihilum rogatur* de la loi Iulia *iudiciorum privatorum* rapporté par Ulpien au Digeste[3]), les mots *ex se nati* de la même loi et *liberi* de la loi *publicorum* rapportés par lui aux Fragments du Vatican.[4]) Nous savons en outre par les fragments du Vatican qu'elles étaient toutes deux divisées en chapitres numérotés. Enfin, nous savons, toujours par eux, que les deux lois s'occupaient de la dispense des

---

[1]) Départ pour la Gaule après la dédication du temple de Quirinus (faite probablement le 17 février: Wissowa, *Ges. Abh.*, pp. 146—148. 268 et ss.; Huelsen, *Topographie der Stadt Rom*, 1, 3, 1907, p. 408, n. 37), au début de l'été de 738/16: Dion Cassius, 54, 19; Sénèque, *De Clem.*, 1, 9, 4. Rentrée à Rome dans la nuit du 4 juillet 741/13: Dion Cassius, 54, 25. Cf. sur les deux dates les renvois de Gardthausen, *Augustus und seine Zeit*, 2, p. 648. — [2]) V. dans le même sens sur les lois de 736/18, Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 882, 3. Il n'a pas été consul de 731/23 à 749/5. — [3]) Ulpien, *3 ad ed.*, *D.*, 5, 1, 2, 1 (p. 334, n. 1). — [4]) Ulpien, *De off. pr. tut.*, *F. V.*, 198 (p. 330, n. 4).

fonctions de juré attachée à l'existence de trois enfants, la loi *publicorum* au chapitre 26 et la loi *privatorum* au chapitre 27[1]: ce qui rend au moins probable qu'elles avaient contenu jusque là toutes deux à peu près les mêmes dispositions, qu'il y avait eu jusque là assez peu de divergences dans le cours symétrique de leurs règles parallèles pour qu'il n'y eût encore entre elles que l'écart d'un chapitre. A vrai dire, il ne serait pas matériellement impossible que cette coïncidence apparente fût fortuite, qu'avant de se rencontrer pour traiter de la même matière dans leurs chapitres 26 et 27, les deux lois eussent traité dans leurs chapitres précédents de matières toutes différentes. Mais l'explication tirée de ce que les deux lois avaient jusque là suivi le même ordre en partant de règles identiques, n'est pas seulement la plus vraisemblable en elle-même: elle est en outre appuyée par les autres traces que nous avons de l'unité interne des deux lois.[2]) C'est donc elle qu'il faut suivre.

Or si elle ne peut guère servir à construire des hypothèses, elle peut servir à en condamner. Elle rend par exemple non seulement gratuites, mais inadmissibles celles du seul auteur qui se soit, à notre connaissance, hasardé malgré l'absence de documents, à vouloir rétablir le plan des deux lois. Suivant M. Voigt[3]), les lois Iuliae *iudiciorum* se seraient occupées l'une et l'autre: en premier lieu de la compétence des magistrats municipaux; en second lieu, de l'*officium ius dicentis*, et en troisième et quatrième lieu, de l'organisation du *iudicium* et de l'*officium iudiciis* placés par l'auteur sous une rubrique *de iudicando* qu'il prétend inexactement être attestée par Ulpien aux Fragments du Vatican[4]) et sous laquelle les deux lois auraient traité de notre dispense ainsi que d'autres matières, par exemple la *lex privatorum* de l'organisation des centumvirs qu'elle aurait réglée avant la dispense. C'est incompatible avec la similitude d'objets des chapitres 26 et 27 des deux lois; car il

---

[1]) Ulpien, *De off. pr. tut.*, *F. V.*, 197. 198 (p. 330, n. 4). — [2]) V. p. 352, n. 1. — [3]) M. Voigt, *op. cit.*, p. 504 et ss. — [4]) P. 514. Dans les *F. V.*, 197 (p. 330, n. 4), les mots de *iudicando* ne désignent pas plus une division de la loi *privatorum* que les mots de *fascibus sumendis* n'en désignent une de la loi Iulia *de maritandis ordinibus*.

eût été presque impossible que les deux lois eussent rencontré la même règle dans ces deux chapitres, si elles avaient auparavant réglé des sujets aussi différents et comportant des développements d'étendue aussi inégale que la juridiction municipale en matière civile et en matière criminelle, que la juridiction des magistrats civils et que celle des magistrats criminels, que les jurés multiples du droit criminel et les jurés uniques ou multiples du droit civil.

IV. Reste à déterminer le contenu des deux lois Iuliae, à faire le relevé des dispositions que l'on peut, sans essai chimérique de restitution de leurs termes ou de leur ordre, admettre avec certitude ou tout au moins avec sérieuse vraisemblance, avoir été contenues dans la loi des procès criminels ou la loi des procès civils.

Il serait relativement aisé de donner, à l'occasion des deux lois, un tableau général de l'organisation judiciaire et de la procédure en vigueur au début du Principat en matière civile et criminelle, tout au moins dans les affaires qui échappaient encore aux empiétements de la justice administrative, encore plus précoces et plus étendus en matière criminelle qu'en matière civile. On pourrait même, sans trop d'inexactitude, présenter le système ainsi décrit comme celui résultant des lois Iuliae. Mais c'est une tout autre question de savoir dans quelle mesure les règles de ce système se trouvaient positivement exprimées dans les lois Iuliae.

Les lois Iuliae contenaient évidemment les différentes dispositions que nous avons énumérées comme leur étant expressément rattachées par des textes. Elles devaient en outre contenir, puisqu'elles sont d'Auguste et qu'Auguste s'est abstenu de légiférer par voie d'ordonnance, les dispositions rentrant dans leur cadre que nous avons trouvées signalées comme venant d'Auguste, au moins en général, en principe, sauf dans le cas où les règles sembleraient avoir dû être portées plutôt dans des lois spéciales que dans des lois d'ensemble. Enfin, il semble que les parties existantes peuvent jeter un jour sur des parties disparues, que, du moins dans certaines circonstances, la réglementation faite par la loi de certains points d'une matière autorise à con-

clure qu'elle réglementait aussi les autres points de la matière. Mais il faut déjà, sous ce rapport, être très prudent et l'on peut encore bien moins admettre sans vérification que les deux lois aient contenu toutes les dispositions qui seraient rationnellement comprises dans une réglementation générale de l'organisation judiciaire en matière civile et criminelle. Ce serait une façon de procéder certainement décevante, à cause d'un caractère de toutes les lois romaines qui se retrouve dans les notres, à cause du caractère empirique, rigoureusement utilitaire, qui conduit leurs auteurs à n'y légiférer que sur les points sur lesquels une intervention du législateur paraît opportune, qui les conduit à être à peu près toutes aussi imparfaites sous le rapport de la systématique que les plus défectueuses des lois modernes. J'en citerai un exemple d'une singularité paradoxale: il se rapporte à l'incapacité d'être juré qui résulte d'une condamnation criminelle entraînant l'exclusion du Sénat. Nous savons que les lois Iuliae contiennent des règles sur la capacité d'être inscrit sur la liste des jurés civils et criminels: ainsi celle sur l'âge de vingt-cinq ans. Nous savons qu'elles en contiennent sur le juré civil pris par le choix des parties hors des listes: sûrement celle selon laquelle il ne peut être contraint à statuer avant l'âge de vingt ans, peut-être celle selon laquelle il ne peut être choisi avant d'être pubère. Nous savons encore qu'elles en contiennent sur certaines dispenses: sur la dispense attachée à la possession de trois enfants vivants.[1]) Il semblerait naturel de croire que les deux lois contenaient, l'une et l'autre, avec les différences commandées par la différence de leurs matières, ainsi avec la différence relative au juré choisi par les parties qui se rencontre en matière civile et non et matière criminelle, un réglement général des incapacités et des excuses, comprenant par exemple, parmi les incapacités, celle qui résulte des condamnations criminelles excluant du Sénat. Or il n'en est rien: cette incapacité ne peut avoir été portée par une disposition expresse des lois Iuliae; car non seule-

---

[1]) Age de vingt-cinq ans des jurés des listes: p. 317, n. 1. Dispense de l'obligation de juger avant l'âge de vingt ans: p. 333, n. 2. Dispense du père de trois enfants, p. 330, n. 4.

eût été presque impossible que les deux lois eussent rencontré la même règle dans ces deux chapitres, si elles avaient auparavant réglé des sujets aussi différents et comportant des développements d'étendue aussi inégale que la juridiction municipale en matière civile et en matière criminelle, que la juridiction des magistrats civils et que celle des magistrats criminels, que les jurés multiples du droit criminel et les jurés uniques ou multiples du droit civil.

IV. Reste à déterminer le contenu des deux lois Iuliae, à faire le relevé des dispositions que l'on peut, sans essai chimérique de restitution de leurs termes ou de leur ordre, admettre avec certitude ou tout au moins avec sérieuse vraisemblance, avoir été contenues dans la loi des procès criminels ou la loi des procès civils.

Il serait relativement aisé de donner, à l'occasion des deux lois, un tableau général de l'organisation judiciaire et de la procédure en vigueur au début du Principat en matière civile et criminelle, tout au moins dans les affaires qui échappaient encore aux empiétements de la justice administrative, encore plus précoces et plus étendus en matière criminelle qu'en matière civile. On pourrait même, sans trop d'inexactitude, présenter le système ainsi décrit comme celui résultant des lois Iuliae. Mais c'est une tout autre question de savoir dans quelle mesure les règles de ce système se trouvaient positivement exprimées dans les lois Iuliae.

Les lois Iuliae contenaient évidemment les différentes dispositions que nous avons énumérées comme leur étant expressément rattachées par des textes. Elles devaient en outre contenir, puisqu'elles sont d'Auguste et qu'Auguste s'est abstenu de légiférer par voie d'ordonnance, les dispositions rentrant dans leur cadre que nous avons trouvées signalées comme venant d'Auguste, au moins en général, en principe, sauf dans le cas où les règles sembleraient avoir dû être portées plutôt dans des lois spéciales que dans des lois d'ensemble. Enfin, il semble que les parties existantes peuvent jeter un jour sur des parties disparues, que, du moins dans certaines circonstances, la réglementation faite par la loi de certains points d'une matière autorise à con-

clure qu'elle réglementait aussi les autres points de la matière. Mais il faut déjà, sous ce rapport, être très prudent et l'on peut encore bien moins admettre sans vérification que les deux lois aient contenu toutes les dispositions qui seraient rationnellement comprises dans une réglementation générale de l'organisation judiciaire en matière civile et criminelle. Ce serait une façon de procéder certainement décevante, à cause d'un caractère de toutes les lois romaines qui se retrouve dans les notres, à cause du caractère empirique, rigoureusement utilitaire, qui conduit leurs auteurs à n'y légiférer que sur les points sur lesquels une intervention du législateur paraît opportune, qui les conduit à être à peu près toutes aussi imparfaites sous le rapport de la systématique que les plus défectueuses des lois modernes. J'en citerai un exemple d'une singularité paradoxale: il se rapporte à l'incapacité d'être juré qui résulte d'une condamnation criminelle entraînant l'exclusion du Sénat. Nous savons que les lois Iuliae contiennent des règles sur la capacité d'être inscrit sur la liste des jurés civils et criminels: ainsi celle sur l'âge de vingt-cinq ans. Nous savons qu'elles en contiennent sur le juré civil pris par le choix des parties hors des listes: sûrement celle selon laquelle il'ne peut être contraint à statuer avant l'âge de vingt ans, peut-être celle selon laquelle il ne peut être choisi avant d'être pubère. Nous savons encore qu'elles en contiennent sur certaines dispenses: sur la dispense attachée à la possession de trois enfants vivants.[1]) Il semblerait naturel de croire que les deux lois contenaient, l'une et l'autre, avec les différences commandées par la différence de leurs matières, ainsi avec la différence relative au juré choisi par les parties qui se rencontre en matière civile et non et matière criminelle, un réglement général des incapacités et des excuses, comprenant par exemple, parmi les incapacités, celle qui résulte des condamnations criminelles excluant du Sénat. Or il n'en est rien: cette incapacité ne peut avoir été portée par une disposition expresse des lois Iuliae; car non seule-

[1]) Age de vingt-cinq ans des jurés des listes: p. 317, n. 1. Dispense de l'obligation de juger avant l'âge de vingt ans: p. 333, n. 2. Dispense du père de trois enfants, p. 330, n. 4.

ment Cassius, qui écrivait en réalité après ces lois, mais Marcellus qui écrivait sans aucun doute longtemps après elles, la présentent tous deux comme une règle doctrinale déduite d'une disposition portée par la loi Iulia *repetundarum* de 695/59.[1])

Cet exemple montre l'inanité des suppositions en vertu desquelles M. Voigt incorpore par exemple, dans la loi *publicorum,* parmi les dispositions relatives à l'accusation, toutes les règles sur le *ius postulandi* contenues dans l'édit du préteur et, dans la loi *privatorum,* toutes celles sur la juridiction municipale formulées par les textes juridiques ou littéraires.[2]) Il montre aussi combien il faut, en notre matière, être prudent en ses conjectures, distinguer soigneusement les points qui sont prouvés ou rendus probables par les textes et ceux où l'on opère exclusivement sur des possibilités abstraites, sans que naturellement cela veuille dire qu'on doive, ici plus qu'ailleurs, s'abstenir de relever le probable et même le possible à côté du certain.

---

[1]) Marcellus, *3 dig.*, *D.*, 1, 9, 2: *Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat.* Cf. *D.*, 5, 1, 12, 2 (p. 371, n. 3) qui prouve que l'incapacité s'applique même aux jurés pris hors des listes. La loi Iulia *repetundarum* de 695/59 contenait, d'après ce texte, une disposition déclarant incapable d'être juré ni témoin celui qui avait été chassé du sénat, évidemment à raison de l'infraction punie par cette loi et Marcellus nous apprend que Cassius a déduit de là l'incapacité d'être juré ni témoin de tous ceux qui seraient exclus du sénat pour une cause déshonorante quelconque. Or les lois Iuliae *iudiciariae* étaient certainement rendues, non seulement au temps où écrivait Marcellus, qui vit dans la seconde moitié du deuxième siècle après J.-C. (v. P. Krueger, *Gesch. der Quellen*², 1912, pp. 213—214; cf. Girard, *Mélanges,* 1, p. 327) mais à celui où écrivait Cassius Longinus. Car cet auteur, qui mourut après l'avénement de Vespasien (Pomponius, *lib. sing. ench.*, *D.*, 1, 2, 2, 51: *Revocatus a Vespasiano diem suum obiit*), donc au plus tôt en l'an 69 après J.-C., 822 de Rome, n'aurait eu, en supposant qu'il soit mort centenaire, que quinze ans en 737 de Rome, 17 avant J.-C., et a donc écrit tous ses ouvrages après le vote des lois Iuliae. L'incapacité des personnes exclues du sénat ne peut donc être défendue par eux par des raisons doctrinales que parce que les lois Iuliae n'en parlaient pas. — [2]) V. pour la loi *publicorum* les pp. 519 et ss. et pour la loi *privatorum* les pp. 505 et ss.

C'est sous le bénéfice de ces observations que nous indiquons les dispositions qui nous paraissent, d'après les documents dépouillés dans notre première partie, avoir dû appartenir soit à la loi Iulia *iudiciorum publicorum,* soit à la loi Iulia *iudiciorum privatorum,* en notant d'ailleurs en outre celles qui peuvent, d'après certaines vraisemblances, avoir aussi fait partie des mêmes lois, et en remarquant que rien ne nous permet de déterminer combien d'autres dispositions disparues sans laisser de vestiges les deux lois ont pu contenir à côté de celles qui semblent aujourd'hui certaines ou probables.

La loi Iulia *iudiciorum publicorum* est, malgré le nombre en apparence assez élevé de citations, celle des deux pour laquelle nous avons le moins d'indices y révélant une portée d'ensemble un peu générale.

Il semble impossible qu'elle n'ait pas réglé, ne fût-ce que par un renvoi aux lois existantes, la présidence et la composition des grands jurys institués pour les différentes infractions. Mais nous n'avons pas ces règles générales, nous avons seulement des règles de détail, quand nous ne sommes pas réduits aux simples conjectures.

Ainsi, pour la présidence des jurys, on peut se demander si la loi Iulia n'a pas simplifié le recrutement de ces présidents qui étaient pris, à la fin de la République, non seulement parmi les préteurs, mais certainement parmi les ex-édiles appelés aux fonctions de *iudices quaestionis* et peut-être parmi les simples jurés appelés, au moins dans certaines *quaestiones,* à présider des procès isolés en qualité de *quaesitores.*[1]) L'augmentation du nombre des préteurs accomplie

[1]) On connaît les controverses soulevées par la présidence des *quaestiones perpetuae* conférée ordinairement à des préteurs, mais aussi à d'ex-édiles portant le nom de *iudex quaestionis* et d'après Mommsen, au moins dans certaines questions (*vis, sodalicia, maiestas? peculatus?* anciennement meurtre?) à de simples chefs de jurés pris parmi ces derniers pour une affaire isolée. La présence du *iudex quaestionis* n'est attestée que dans la *quaestio de sicariis* et Mommsen, *Staatsrecht,* 2, 587—588, *Strafrecht,* 205—208, pense qu'il n'a fonctionné que là (v. encore dans ce sens par exemple Greenidge, *Legal Procedure of Cicero's time,* 1901, pp. 431—432), tandis que d'autres, par exemple Hölzl, *Fasti praetorii ab a. u. 687 usque ad a. u. 710*², 1890, pp. 9—18,

sous César et sous Auguste[1]) aurait pu rendre plus aisé de mettre des préteurs à la tête de toutes les questions. En outre, il semblerait naturel que l'on eût enlevé leurs fonctions en matière criminelle aux ex-édiles qui présidaient ces *quaestiones* à la même époque où on a enlevé les leurs en matière civile aux ex-questeurs qui présidaient les *centumviri*. Enfin cette conjecture peut être appuyée par l'observation qu'on ne connaît aucun *iudex quaestionis* postérieur à Auguste et qu'il n'y en a pas un seul du temps d'Auguste dont il soit prouvé qu'il ait rempli ses fonctions après l'an 737, date de la loi Iulia *iudiciorum publicorum*.[2]) D'autre part, pour les *quaesitores* eux-mêmes, dans la doctrine à notre avis sérieuse qui admet leur existence à la fin de la République, on peut relever une disposition de la loi Iulia *de vi* qui semble impliquer leur disparition dans la *quaestio* où leur existence paraît le plus probable.[3]) Mais pour que ce texte pût exprimer une conséquence de la loi Iulia *iudiciorum publi-*

---

et Willems, *Sénat de la République*, 2, 1885, pp. 293—294, pensent qu'ils auraient existé partout. Pour les chefs de jurés, leur existence paraît à Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 583—586, *Strafrecht*, loc. cit., établie par le double fait qu'on les voit présider la même année deux *quaestiones* différentes et qu'on voit la même *quaestio* présidée par plusieurs d'entre eux la même année; au contraire une doctrine développée principalement par Hölzl, pp. 18—28 et suivie par Willems, p. 293, n. 4, nie leur existence en regardant les personnages cités comme des préteurs ou des *iudices quaestionis*. On ne doit d'ailleurs pas confondre, quant à ce dernier problème, la négation absolue de Hölzl et la discussion de cas particuliers. V. par exemple Greenidge, p. 431, n. 7, rapprochée de p. 430, n. 2, et Münzer, dans Pauly-Wissowa, 4, 1, 1900, p. 914, v° *Considius*, n° 13, rapproché de 6, 2, 1909, p. 2075, v° *Favonius*, n° 1.

[1]) Cf. Mommsen, *Staatsrecht*, 2, pp. 202—203. — [2]) V. Mommsen. *Staatsrecht*, 2, p. 590, n. 2. — [3]) Papinien, *1 quaest.*, *D.*, 1, 21, 1, 2: *Huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, cui optigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare.* Il nous paraît contre toutes les vraisemblances d'entendre avec M. Mommsen, *Strafrecht*, p. 206, n. 3 les mots *is cui optigerit exercitio*, non pas de celui qui dirige la *quaestio*, mais du préteur urbain auquel il aurait appartenu de désigner parmi les jurés de la *quaestio de vi* celui qui la présiderait à un procès; or la loi Iulia n'aurait guère eu à s'occuper du remplacement en cas d'absence d'un chef de jurés nommé pour une affaire isolée et elle a pu s'en occuper très raisonnablement pour un préteur propre, chargé par le sort à titre permanent de ce département judiciaire.

corum, il faudrait que la loi Iulia *publicorum* ait été certainement antérieure à la loi Iulia *de vi,* ce qui ne semble présentement ni prouvé ni même probable.[1]) Et les autres suppositions elles-mêmes ne peuvent, faute de texte, être que probables.

Quant aux jurés aussi, il est possible que, comme le pense Mommsen[2]), le nombre des jurés de chaque affaire, qui était auparavant différent d'après les différentes lois, ait été soumis à une règle d'ensemble par la loi Iulia; mais il est possible que non. Il est également possible et même plus probable que le système de confection de la liste générale des jurés différent de celui de la République qui fonctionne sous le Principat ait été introduit par la loi Iulia. Au lieu d'être, comme sous la loi Aurelia dressée à nouveau chaque année par le préteur urbain[3]), cette liste générale dont les préteurs civils et criminels tirent les listes spéciales aux procès de leur compétence[4]) est, depuis Auguste, revisée annuellement par le prince au moment de la revue des chevaliers.[5]) Ce changement a sans doute été opéré par

---

[1]) Cf. p. 324, n. 1. — [2]) *Strafrecht*, p. 218. — [3]) Cicéron, *Pro Cluentio*, 43, 121: *Praetores urbani iurati debent optimum quemque in lectos iudices referre.* — [4]) Aulu-Gelle, 14, 2, 1 (p. 334, n. 2). — [5]) L'inscription des jurés sur les listes est faite, sous le Principat, par l'empereur, à la fois d'après les témoignages épigraphiques (inscription de jurés *adlecti in decurias*, par un prince déterminé: exemples chez Mommsen, *Staatsrecht*, 3, p. 536, et Kuebler, dans Pauly-Wissowa, 6, 1, 1907, v° *Equites Romani*, p. 300; cf. Girard, *Mélanges*, 1, p. 399, n. 6) et d'après les témoignages littéraires (mentions de la confection des décuries par le prince désignée par les expressions *decurias ordinare*: Pline, *N. H.*, 33, 1, 30, *expungere*: Suétone, *Claud.*, 15, *recognoscere*: Suétone, *Aug.*, 29, *supplere*: Suétone, *Tib.*, 41). Ces témoignages commencent à Auguste, probablement pour les inscriptions (*C. I. L.*, X, 1685; cf. pourtant Dessau, 1397; Auguste ou Tibère, *C. I. L.*, V, 7022. 7567, 3. 7567, 7. VI, 2169) et certainement pour les textes littéraires (Pline, 33, 1, 30: *Divo Augusto decurias ordinante*; Suétone, *Aug.*, 29: *Decuriasque iudicum recognovit*; cf. Tacite, *Ann.*, 3, 30 sur L. Volusius Saturninus, cos. 742/12, *censoria potestate legendis equitum decuriis functus* et les trois inscriptions de ses *nomenclatores* rapportées par Mommsen, *Staatsrecht*, 1, 359, 3, rapprochées de Suétone, *Aug.*, 37). Le rapport de cette révision annuelle de la liste des jurés devenue permanente (p. 366, n. 3) et de la revue également annuelle des chevaliers pareillement investis d'une qualité viagère sous le Principat (Mommsen, *Staats-*

une loi que rien n'empêche d'avoir été la loi Iulia *iudiciorum publicorum*, mais elle ne lui est pas directement assimilée et nous n'en connaissons même pas sûrement la date.[1]) Il n'y a donc là qu'une possibilité, tout au plus une probabilité.

Les certitudes existent seulement pour les détails: pour les conditions de capacité, où nous connaissons celles relatives à l'âge, et les dispenses, où nous connaissons celles du père de trois enfants, mais où l'exemple de l'incapacité produite par l'exclusion du sénat suffit à mettre en garde contre les généralisations aventureuses[2]); ensuite encore par exemple

recht, 3, pp. 491—492) faite le 15 juillet (Mommsen, *Staatsrecht*, 3, pp. 493—495 et les textes cités), s'appuie en particulier comme remarque Mommsen, 3, 536, 5, sur le lien mis entre les deux opérations par les fonctions de L. Volusius Saturninus et par les témoignages de Dion, 59, 9, et de Suétone, *Tib.*, 41, attribuant à l'inaction de Tibère, l'un les vides dans le corps des chevaliers, et l'autre ceux dans les décuries de jurés. Ainsi qu'il remarque au même lieu, cela n'empêchait naturellement pas que les inscriptions et les radiations faites lors de la revue ne fussent préalablement préparées dans les bureaux, ni peut-être que les deux actes ordinairement unis ne pussent être séparés.

[1]) Cependant, si c'est par la loi Iulia de 737 qu'Auguste a accordé aux jurés la dispense annuelle du service organisée par voie de roulement entre les décuries qui implique la permanence des fonctions de juré (p. 366, n. 3), c'est aussi ou en 737 ou avant 737 que cette permanence a été substituée à l'annalité de la République. La substitution se placerait même exactement en 737 et viendrait probablement de la loi Iulia de la date de laquelle elle serait un nouveau vestige si on lui rattachait, à la vérité un peu hypothétiquement, une troisième mesure d'Auguste rapportée par Dion sous la date de 737 dans le même chapitre où il rapporte les mesures relatives aux visites des jurés (p. 315, n. 1) et aux honoraires des avocats (p. 308, n. 2): le transfert de la *pompa* en l'honneur de l'Honos et de la Virtus aux jours qu'elle occupait au temps de Dion (Dion, 54, 18: *Τὴν τῆς Τιμῆς καὶ τῆς Ἀρετῆς πανήγυριν ἐς τὰς νῦν ἡμέρας μετέστησεν*). Ainsi que le remarque Mommsen sur le 29 mai, *C. I. L.*, I², p. 310, les chevaliers sont dans un rapport certain avec ces deux divinités, du temple desquelles part leur défilé annuel le 15 juillet (v. le même, *C. I. L.*, I², p. 322 sur le 15 juillet et *Staatsrecht*, 3, 493) et l'on pourrait donc songer à mettre le changement rapporté par Dion en relation avec les réformes qui ont certainement été opérées alors dans la révision de la liste des chevaliers et, ajouterons-nous, dans la révision de la liste des jurés associée alors, d'après le *Staatsrecht*, 3, 536, 5, à celle de la liste des chevaliers. Si cela était, le texte de Dion placerait la réforme exactement en 737. — [2]) Age de vingt-cinq ans: Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 317, n. 1). Dispense du père de

pour la défense portée par Auguste en 737 contre le juré criminel de se rendre chez personne pendant qu'il est en exercice.[1])

Nous trouvons après cela trois dispositions relatives à l'accusation: celle qui réglait la rédaction des *libelli inscriptionis* en prescrivant d'y spécifier le lieu et le mois de l'infraction et le nom du complice; celle qui limitait le nombre des accusations que l'on pouvait intenter sans avoir d'intérêt personnel dans la poursuite et celle reculant l'admission de l'accusation jusqu'à l'administration de la preuve de la *praevaricatio* commise par l'accusateur dans le procès antérieur terminé par une absolution.[2])

Il faut ensuite relever, en matière de défense, la disposition limitant le nombre des défenseurs de l'accusé[3]) et, au moins principalement en matière de défense, la disposition frappant de la peine du quadruple l'avocat qui aura reçu des honoraires que Dion dit avoir été rendue par Auguste en 737 en même temps que la disposition sur les visites des jurés et que cela conduit à penser avoir été portée en même temps qu'elle cette année par lui dans la loi Iulia[4]); enfin, à la fois en matière d'accusation et de défense la disposition de la loi Iulia punissant par voie de renvoi à la loi Iulia *ambitus* la partie qui rendait visite à son juge.[5])

La loi Iulia *iudiciorum publicorum* énumérait encore, en matière de preuve testimoniale, les dispenses de l'obligation d'être témoin signalées par Papinien et Paul, que nous avons montré ne pas se confondre avec celles portées par le chapitre 88 de la loi Iulia *de vi*.[6])

Enfin, quant au temps du procès, la loi Iulia *iudiciorum*

---

trois enfants: Ulpien, *F. V.*, 197—198 (p. 330, n. 4). Incapacité des exclus du sénat: Marcellus, *D.*, 1, 9, 2 (p. 360, n. 1).

[1]) Dion, 54, 18 (p. 315, n. 1). — [2]) *Libelli inscriptionis*: Paul, *3 de adult.*, *D.*, 48, 2, 3, *pr.* (p. 329, n. 3). Nombre des accusations: Venuleius Saturninus, *2 de iud. publ.*, *D.*, 48, 2, 12, 2 (p. 330, n. 1). *Praevaricatio*: Macer, *1 publ. iud.*, *D.*, 47, 15, 3, 1 (p. 329, n. 2). — [3]) Asconius, *in Scaur.*, p. 23 (p. 331, n. 1). — [4]) Dion, 54, 18 (pp. 308—310). — [5]) Modestin, *2 de poenis*, *D.*, 48, 14, 1, 4 (p. 304, n. 3). — [6]) Paul, *2 ad leg. Iul.*, *D.*, 22, 5, 4 (p. 325, n. 2); *lib. un. de gradibus*, *D.*, 38, 10, 10, *pr.* (p. 329, n. 1); Papinien, *1 de adult.*, *D.*, 48, 2, 2, *pr.* (p. 329, n. 1). Cf. la p. 325, n. 3.

publicorum est l'une des deux lois Iuliae *iudiciariae* par lesquelles, au témoignage de Macrobe [1]), Auguste fixa à trois jours les vacances des Saturnales. Cela donne tout lieu de penser que c'est aussi dans les mêmes lois, dans notre loi et dans celle des procès civils, qu'il fit la révision des jours de fêtes dont cette mesure n'est qu'une partie et par laquelle il rendit, suivant Suétone, trente jours à la justice civile et criminelle.[2]) Ce doit encore probablement être par elles plutôt que par une loi distincte qu'il introduisit entre les jurés le système de vacances annuelles par roulement rapporté par le même Suétone.[3]) Il n'est même pas impossible que ce soit par elles qu'il ait accordé aux jurés les vacances de novembre et de décembre signalées au même lieu par le même Suétone: malgré le double emploi apparent que ces vacances constituent avec les vacances des Saturnales fixées aux 17—19 décembre, elles peuvent en réalité fort bien avoir été comme elles dans les lois Iuliae *iudiciariae* [4]); mais elles peuvent aussi à la vérité avoir été dans une loi Iulia distincte.

Ces dispositions ne constituent, il y a tout lieu de le croire, qu'une portion très minime de celles que nous trouverions dans la loi Iulia *iudiciorum publicorum* si le texte ou le commentaire nous en était parvenu intégralement; mais, dans l'état présent des sources, elles sont à peu près les seules qu'on puisse lui rattacher avec certitude ou vraisemblance.

Il en est de même pour la loi Iulia *iudiciorum privatorum*. Pour elle aussi, il est impossible de déterminer tout ce qu'elle contenait. Il s'agit uniquement de relever les dispositions que les sources existantes permettent d'affirmer ou de supposer y avoir été contenues.

Elle renfermait, dans un ordre que nous n'avons pas à

---

[1]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1). — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1). — [3]) Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 320, n. 2). Cette disposition suppose nécessairement, au lieu d'une liste annuelle, une liste permanente qui peut bien être revisée annuellement, mais sur laquelle on est d'une manière stable pour un grand nombre d'années. V. Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 537, 2, où il invoque dans le même sens l'apparition du titre de juré sur les inscriptions et l'absence d'indication de terme ni d'itération. — [4]) Suétone, *Aug.*, 32, 3. V. p. 320, n. 2.

chercher, des dispositions relatives, tant au remplacement de la procédure des Actions de la loi par la procédure formulaire qu'à la réglementation générale de l'organisation judiciaire et de la procédure.

Quant au remplacement des Actions de la loi par les formules, nous savons par Gaius que c'est elle qui a opéré la substitution, et, quoique Gaius qui ne parle jamais des institutions municipales dans son petit ouvrage élémentaire, n'ait sans doute eu l'intention d'en rien dire là, il est assez probable qu'elle a aussi contenu la disposition opérant cette substitution dans les cités de citoyens autres que Rome, qui, d'après M. Wlassak, aurait fait l'objet d'une troisième loi Iulia *iudiciaria.*[1]) Nous savons en outre qu'elle contenait au sujet du maintien exceptionnel des *legis actiones* des dispositions relatives à la fois à la procédure et à l'organisation judiciaire. La *legis actio* était maintenue, d'après Gaius, en matière de *damnum infectum.*[2]) La *legis actio per sacramentum* était aussi maintenue, d'après lui, pour les procès déférés aux centumvirs, et par suite, quant à l'organisation judiciaire, la loi maintenait le tribunal des centumvirs auquel il est très probable que c'est elle qui a donné les règles qui le régissent sous le Principat dans la mesure, en partie incertaine, où elles diffèrent de celles qui le régissaient sous la République. C'est sans doute dans la loi Iulia qu'Auguste a chargé les *decemviri litibus iudicandis,* auparavant appelés à juger les procès de liberté liés par *sacramentum, de cogere hastam centumviralem,* de rassembler les centumvirs, à la place des ex-questeurs antérieurement chargés de ce soin, et elle peut également avoir appelé à l'existence le préteur investi de la présidence des centumvirs, le préteur *hastarius* qui n'apparaît dans les sources que sous Tibère.[3]) Enfin,

---

[1]) Gaius, 4, 30 (p. 331, n. 2). Pour la substitution dans les cités de citoyens, M. Wlassak, qui l'attribue, comme on a vu, à une loi distincte (p. 341, n. 3; cf. n. 4), admet, avec raison, croyons-nous, que la loi s'applique non-seulement aux cités de citoyens d'Italie, mais à celles des provinces. V. *Processgesetze,* 1, p. 200, n. 52; 2, p. 234, n. 37. Cf. Voigt, pp. 486, n. 46, et 504, n. 113. — [2]) Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4). — [3]) V. pour le maintien du *sacramentum*, Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4 cf. p. 331, n. 3); pour la substitution des décemvirs aux *quaestorii*, Sué-

publicorum est l'une des deux lois Iuliae *iudiciariae* par lesquelles, au témoignage de Macrobe[1]), Auguste fixa à trois jours les vacances des Saturnales. Cela donne tout lieu de penser que c'est aussi dans les mêmes lois, dans notre loi et dans celle des procès civils, qu'il fit la révision des jours de fêtes dont cette mesure n'est qu'une partie et par laquelle il rendit, suivant Suétone, trente jours à la justice civile et criminelle.[2]) Ce doit encore probablement être par elles plutôt que par une loi distincte qu'il introduisit entre les jurés le système de vacances annuelles par roulement rapporté par le même Suétone.[3]) Il n'est même pas impossible que ce soit par elles qu'il ait accordé aux jurés les vacances de novembre et de décembre signalées au même lieu par le même Suétone: malgré le double emploi apparent que ces vacances constituent avec les vacances des Saturnales fixées aux 17—19 décembre, elles peuvent en réalité fort bien avoir été comme elles dans les lois Iuliae *iudiciariae*[4]); mais elles peuvent aussi à la vérité avoir été dans une loi Iulia distincte.

Ces dispositions ne constituent, il y a tout lieu de le croire, qu'une portion très minime de celles que nous trouverions dans la loi Iulia *iudiciorum publicorum* si le texte ou le commentaire nous en était parvenu intégralement; mais, dans l'état présent des sources, elles sont à peu près les seules qu'on puisse lui rattacher avec certitude ou vraisemblance.

Il en est de même pour la loi Iulia *iudiciorum privatorum*. Pour elle aussi, il est impossible de déterminer tout ce qu'elle contenait. Il s'agit uniquement de relever les dispositions que les sources existantes permettent d'affirmer ou de supposer y avoir été contenues.

Elle renfermait, dans un ordre que nous n'avons pas à

---

[1]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1). — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1). — [3]) Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 320, n. 2). Cette disposition suppose nécessairement, au lieu d'une liste annuelle, une liste permanente qui peut bien être revisée annuellement, mais sur laquelle on est d'une manière stable pour un grand nombre d'années. V. Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 537, 2, où il invoque dans le même sens l'apparition du titre de juré sur les inscriptions et l'absence d'indication de terme ni d'itération. — [4]) Suétone, *Aug.*, 32, 3. V. p. 320, n. 2.

chercher, des dispositions relatives, tant au remplacement de la procédure des Actions de la loi par la procédure formulaire qu'à la réglementation générale de l'organisation judiciaire et de la procédure.

Quant au remplacement des Actions de la loi par les formules, nous savons par Gaius que c'est elle qui a opéré la substitution, et, quoique Gaius qui ne parle jamais des institutions municipales dans son petit ouvrage élémentaire, n'ait sans doute eu l'intention d'en rien dire là, il est assez probable qu'elle a aussi contenu la disposition opérant cette substitution dans les cités de citoyens autres que Rome, qui, d'après M. Wlassak, aurait fait l'objet d'une troisième loi Iulia *iudiciaria.*[1]) Nous savons en outre qu'elle contenait au sujet du maintien exceptionnel des *legis actiones* des dispositions relatives à la fois à la procédure et à l'organisation judiciaire. La *legis actio* était maintenue, d'après Gaius, en matière de *damnum infectum.*[2]) La *legis actio per sacramentum* était aussi maintenue, d'après lui, pour les procès déférés aux centumvirs, et par suite, quant à l'organisation judiciaire, la loi maintenait le tribunal des centumvirs auquel il est très probable que c'est elle qui a donné les règles qui le régissent sous le Principat dans la mesure, en partie incertaine, où elles diffèrent de celles qui le régissaient sous la République. C'est sans doute dans la loi Iulia qu'Auguste a chargé les *decemviri litibus iudicandis,* auparavant appelés à juger les procès de liberté liés par *sacramentum, de cogere hastam centumviralem,* de rassembler les centumvirs, à la place des ex-questeurs antérieurement chargés de ce soin, et elle peut également avoir appelé à l'existence le préteur investi de la présidence des centumvirs, le préteur *hastarius* qui n'apparaît dans les sources que sous Tibère.[3]) Enfin,

---

[1]) Gaius, 4, 30 (p. 331, n. 2). Pour la substitution dans les cités de citoyens, M. Wlassak, qui l'attribue, comme on a vu, à une loi distincte (p. 341, n. 3; cf. n. 4), admet, avec raison, croyons-nous, que la loi s'applique non-seulement aux cités de citoyens d'Italie, mais à celles des provinces. V. *Processgesetze*, 1, p. 200, n. 52; 2, p. 234, n. 37. Cf. Voigt, pp. 486, n. 46, et 504, n. 113. — [2]) Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4). — [3]) V. pour le maintien du *sacramentum*, Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4 cf. p. 331, n. 3); pour la substitution des décemvirs aux *quaestorii*, Sué-

publicorum est l'une des deux lois Iuliae *iudiciariae* par lesquelles, au témoignage de Macrobe [1]), Auguste fixa à trois jours les vacances des Saturnales. Cela donne tout lieu de penser que c'est aussi dans les mêmes lois, dans notre loi et dans celle des procès civils, qu'il fit la révision des jours de fêtes dont cette mesure n'est qu'une partie et par laquelle il rendit, suivant Suétone, trente jours à la justice civile et criminelle. [2]) Ce doit encore probablement être par elles plutôt que par une loi distincte qu'il introduisit entre les jurés le système de vacances annuelles par roulement rapporté par le même Suétone. [3]) Il n'est même pas impossible que ce soit par elles qu'il ait accordé aux jurés les vacances de novembre et de décembre signalées au même lieu par le même Suétone: malgré le double emploi apparent que ces vacances constituent avec les vacances des Saturnales fixées aux 17—19 décembre, elles peuvent en réalité fort bien avoir été comme elles dans les lois Iuliae *iudiciariae* [4]); mais elles peuvent aussi à la vérité avoir été dans une loi Iulia distincte.

Ces dispositions ne constituent, il y a tout lieu de le croire, qu'une portion très minime de celles que nous trouverions dans la loi Iulia *iudiciorum publicorum* si le texte ou le commentaire nous en était parvenu intégralement; mais, dans l'état présent des sources, elles sont à peu près les seules qu'on puisse lui rattacher avec certitude ou vraisemblance.

Il en est de même pour la loi Iulia *iudiciorum privatorum*. Pour elle aussi, il est impossible de déterminer tout ce qu'elle contenait. Il s'agit uniquement de relever les dispositions que les sources existantes permettent d'affirmer ou de supposer y avoir été contenues.

Elle renfermait, dans un ordre que nous n'avons pas à

---

[1]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1). — [2]) Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1). — [3]) Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 320, n. 2). Cette disposition suppose nécessairement, au lieu d'une liste annuelle, une liste permanente qui peut bien être revisée annuellement, mais sur laquelle on est d'une manière stable pour un grand nombre d'années. V. Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 537, 2, où il invoque dans le même sens l'apparition du titre de juré sur les inscriptions et l'absence d'indication de terme ni d'itération. — [4]) Suétone, *Aug.*, 32, 3. V. p. 320, n. 2.

chercher, des dispositions relatives, tant au remplacement de la procédure des Actions de la loi par la procédure formulaire qu'à la réglementation générale de l'organisation judiciaire et de la procédure.

Quant au remplacement des Actions de la loi par les formules, nous savons par Gaius que c'est elle qui a opéré la substitution, et, quoique Gaius qui ne parle jamais des institutions municipales dans son petit ouvrage élémentaire, n'ait sans doute eu l'intention d'en rien dire là, il est assez probable qu'elle a aussi contenu la disposition opérant cette substitution dans les cités de citoyens autres que Rome, qui, d'après M. Wlassak, aurait fait l'objet d'une troisième loi Iulia *iudiciaria.*[1]) Nous savons en outre qu'elle contenait au sujet du maintien exceptionnel des *legis actiones* des dispositions relatives à la fois à la procédure et à l'organisation judiciaire. La *legis actio* était maintenue, d'après Gaius, en matière de *damnum infectum.*[2]) La *legis actio per sacramentum* était aussi maintenue, d'après lui, pour les procès déférés aux centumvirs, et par suite, quant à l'organisation judiciaire, la loi maintenait le tribunal des centumvirs auquel il est très probable que c'est elle qui a donné les règles qui le régissent sous le Principat dans la mesure, en partie incertaine, où elles diffèrent de celles qui le régissaient sous la République. C'est sans doute dans la loi Iulia qu'Auguste a chargé les *decemviri litibus iudicandis,* auparavant appelés à juger les procès de liberté liés par *sacramentum, de cogere hastam centumviralem,* de rassembler les centumvirs, à la place des ex-questeurs antérieurement chargés de ce soin, et elle peut également avoir appelé à l'existence le préteur investi de la présidence des centumvirs, le préteur *hastarius* qui n'apparaît dans les sources que sous Tibère.[3]) Enfin,

---

[1]) Gaius, 4, 30 (p. 331, n. 2). Pour la substitution dans les cités de citoyens, M. Wlassak, qui l'attribue, comme on a vu, à une loi distincte (p. 341, n. 3; cf. n. 4), admet, avec raison, croyons-nous, que la loi s'applique non-seulement aux cités de citoyens d'Italie, mais à celles des provinces. V. *Processgesetze,* 1, p. 200, n. 52; 2, p. 234, n. 37. Cf. Voigt, pp. 486, n. 46, et 504, n. 113. — [2]) Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4). — [3]) V. pour le maintien du *sacramentum,* Gaius, 4, 31 (p. 331, n. 4 cf. p. 331, n. 3); pour la substitution des décemvirs aux *quaestorii,* Sué-

quoique Gaius signale seulement les exceptions faites en matière contentieuse à l'abolition des Actions de la loi, la loi Iulia a encore nécessairement spécifié, en matière grâcieuse, le maintien de la *legis actio* pour la juridiction volontaire, pour les simulacres de procès dans lesquels elle continua à être employée afin de créer un droit nouveau sous couleur de faire reconnaitre un droit existant: *vindicationes* simulées

---

tone, *Aug.*, 36 (p. 315, n. 2) et pour le préteur mis à la tête des centumvirs appelé par Pline, *Ep.*, 5. 9, 5, *praetor qui centumviralibus praesidet* et par les inscriptions *praetor hastarius*, *praetor ad hast(am)* ou *ad hast(as)*, Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 225, 2 et 4. Ajouter aux deux inscriptions citées par lui du préteur *ad hast.* Torquatus Novellius, *C. I. L.*, XIV, 3602 et d'un préteur *hastarius*, *C. I. L.*, VI, 1365, l'inscription tunisienne d'un autre *praetor hastarius*, Cagnat, *Année épigraphique*, 1908, n° 125; cf. encore, *C. I. Att.*, III, 70, l. 14, et Girard, *Mélanges*, 1, p. 397, n. 1. Mommsen, remarque, n. 4, que le plus ancien témoignage de l'existence de ce préteur est celui relatif à Torquatus Novellius qui était un contemporain de Tibère (Pline, *N. H.*, 14, 22, 144. V. *Prosopographia*, 2, p. 416, n° 141), mais que sa création peut dater du temps d'Auguste. Il faudrait, à notre sens, vraisemblablement faire remonter au même moment les autres particularités propres à ce tribunal, dont il serait établi qu'elles n'auraient pas existé auparavant (cf. en général Wlassak, dans Pauly-Wissowa, v° *Centumviri*, 3, 2, 1899, pp. 1935—1952, et O. Martin, *Le Tribunal des Centumvirs*, Thèse Paris, 1904.) La question, parfois plus incertaine qu'on ne pense communément, se poserait par exemple pour l'élévation du nombre des *centumviri* qui fut d'abord de 105 d'après Festus, *Ep.*, p. 54, et qui était de 180 au temps de Trajan (Pline, *Ep.*, 6, 33, 3); pour leur division en sections ou tout au moins le nombre des sections (cf. Wlassak, p. 1937); pour la *subscriptio centumviralis iudicii*, citée à deux reprises par Pline (*Ep.*, 5, 1, 6. 10; cf. Wlassak, p. 1946); pour la généralisation ou l'introduction de la procédure *per sponsionem* substituant dans les procès de leur compétence le *sacramentum in personam* au *sacramentum in rem* d'après Gaius, 4, 95 (cf. en sens divers, Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, 1889, p. 85, n. 23; Wlassak, p. 1944, et Naber, *Mélanges Girard*, 2, pp. 316—317). Nous remarquerons, quant au dernier point, que M. Wlassak, nous paraît écarter trop facilement, p. 1944, un témoignage d'Aulu-Gelle qui atteste expressément pour son temps la subsistance d'une *manuum consertio* en matière d'attribution des *vindiciae* et qui, l'attribution des *vindiciae* ne se rencontrant pas dans la juridiction volontaire, ne peut se rapporter qu'aux procès déférés aux centumvirs, Aulu-Gelle, 20, 10, 1: *Ex iure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus, quae cum lege agitur et vindiciae contenduntur dici nunc quoque apud praetorem solent.* Cf. 20, 10, 9.

de l'*in iure cessio*, de l'affranchissement par la vindicte, de l'émancipation, de l'adoption; car, en l'absence de restriction expresse, la *legis actio* grâcieuse eût été forcément comprise dans l'abrogation générale des *legis actiones*; cela donne même tout lieu de croire que la loi d'Auguste qui soustrayait le prince à l'exigence du procès simulé en matière d'affranchissement par la vindicte et peut-être dans toutes les autres *legis actiones* de la juridiction volontaire, est la loi Iulia *iudiciorum privatorum* où cette règle n'a été qu'une disposition secondaire spéciale de la disposition sur l'emploi de la *legis actio* en matière de juridiction volontaire.[1])

Si nous passons aux règles ordinaires relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure, les règles sur le *rerum actus,* signalées plus haut comme contenues dans la loi Iulia *iudiciorum publicorum,* se rencontraient probablement avec une identité à peu près complète dans la loi Iulia *iudiciorum privatorum*: la façon dont Macrobe vise les lois Iuliae au pluriel pour les congés des Saturnales et dont Suétone parle à la fois des procès civils et criminels pour les trente jours rendus à la justice par Auguste[2]) est une conséquence de la symétrie générale avec laquelle le système du *rerum actus* s'applique à l'activité des jurés et des magistrats de la procédure civile et criminelle régulière, c'est-à-dire de la procédure formulaire et de la procédure des *quaestiones perpetuae*; ce n'est pas à raison d'une différence, mais par suite des hasards de la transmission que la nullité des actes de procédure accomplis les jours fériés se trouve nous être attestée pour les procès civils et non pour les procès criminels.[3]) Nous ne verrions l'occasion d'une disposition divergente que pour la *legis actio* maintenue en matière contentieuse pour les procès centumviraux dont l'accomplissement *in iure* devait à notre sens toujours rester soumis au système des jours fastes[4]); le maintien de ce système peut du reste aussi bien avoir été là implicite qu'explicite.

---

[1]) V. Paul, *16 ad Plautium*, *D.*, 40, 1, 14, 1, p. 310, n. 2, et les observations présentées sur lui pp. 311—314. — [2]) Macrobe, *Sat.*, 1, 10, 4 (p. 319, n. 1); Suétone, *Aug.*, 32, 2 (p. 320, n. 1). — [3]) Ulpien, 77 *ad ed.*, *D.*, 2, 12, 6 (p. 337, n. 4). — [4]) La preuve du maintien du système des jours fastes et néfastes pour la liaison des procès intentés par

Pour les autorités qui statuent *in iure* la loi Iulia a autorisé la prorogation de compétence, par la disposition dont nous avons un débris, certainement au profit du préteur urbain et du préteur pérégrin, peut-être à celui des magistrats municipaux et d'autres magistrats encore.[1]) Il est possible, sans être sûr, qu'elle se soit occupée de la limitation de la compétence des magistrats municipaux. Elle pourrait encore avoir réglé la délégation de juridiction; mais il n'y a pas à notre sens de texte qui le dise.

Quant aux autorités qui statuent *in iudicio*, la loi Iulia *iudiciorum privatorum* a contenu des dispositions symétriques à celles de la loi Iulia *iudiciorum publicorum* sur la composition des décuries et sur l'extraction des listes spéciales de la liste générale, sur la capacité et les dispenses des jurés des listes, aussi sur l'exigence de l'âge de vingt-cinq ans et sur la dispense des pères de trois enfants.[2]) Mais sans re-

legis actio, en face des procès liés par formules dont la liaison est régie par le système différent du *rerum actus* (p. 318, n. 1), résulte, pour la période intermédiaire entre la loi Aebutia et les lois Iuliae, du témoignage de Macrobe, *Sat.*, 1, 14, 12, selon lequel César, dans sa réforme du calendrier *adiectos omnes a se dies fastos notavit ut maiorem daret actionibus libertatem*; cf. aussi chez le même, *Sat.*, 1, 16, 28, une citation de Trebatius qui peut se placer avant ou après les lois *Iuliae* (v. p. 354, n. 6). Elle résulte, pour l'époque postérieure aux lois Iuliae, moins encore du témoignage direct d'Ovide, *Fast.*, 1, 47. 48 (écrit après l'exil d'Ovide, 8 ap. J.-C. et sans doute après la mort d'Auguste. V. Schanz, *Gesch. d. röm. Lit.*, 2, 1³, 1911, pp. 308—310) que du témoignage indirect des calendriers portant encore ces notations qui nous ont été conservés et qui ont été gravés après les lois Iuliae jusqu'au temps de Claude. V. sur leurs dates, Mommsen, *C. I. L.*, I², pp. 205—207 et Wissowa dans Pauly-Wissowa, 6, 2, 1909, v° *Fasti,* pp. 2018—2020. On peut seulement se demander si, pour que le magistrat pût être saisi, il ne fallait pas alors que le jour, ouvert à la *legis actio,* fût en outre un jour d'audience du magistrat d'après le système du *rerum actus.* Ce n'est pas forcé, mais c'est possible, et Huschke, *Römisches Jahr*, p. 340, le pense. La *legis actio* gràcieuse a elle-même sans doute été soumise à l'origine au système des jours fastes qui lui est encore appliqué par Varron, *De l. L.*, 6, 30, et même par Trebatius dans le texte précité. Mais Varron écrit avant les lois Iuliae, Trebatius peut avoir écrit avant elles et ensuite il n'y a plus trace de la prohibition. Cf. Paul, *Sent.*, 2, 25, 3.

[1]) Ulpien, *3 ad ed., D.*, 5, 1, 2, 1 (p. 334, n. 1). — [2]) Ulpien, *De off. pr. tut., F. V.*, 197. 198 (p. 330, n. 4) le dit positivement pour

venir sur les centumvirs, desquels elle a naturellement eu seule à parler, c'est elle seule qui a pu contenir la disposition relative à la création de la quatrième décurie des *ducenarii* réservée aux affaires civiles les moins importantes[1]); c'est elle seule qui a eu à défendre aux jurés de statuer par des sentences arbitrales inconnues en matière criminelle[2]); c'est elle seule qui a eu à parler des jurés pris hors des listes par le choix des parties, certainement soumis à des conditions de capacité moins rigoureuses que les jurés des listes[3]), pour lesquels par exemple elle fixait peut-être le commencement de la capacité à l'âge de puberté[4]), pour

l'exemption du père de trois enfants. Pour les autres points, âge de vingt-cinq ans, p. 317, n. 1, mode de confection des listes, pp. 363—364, la communauté des règles résulte de ce que, sous le Principat, les listes sont communes aux jurés civils et criminels. La preuve décisive en est dans l'inscription *C. I. L.*, V, 7567, 3 d'un *iudex de IIII decuriis eques selectorum publicis privatisque.* V. Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 528, 1, qui invoque aussi le texte moins net de Pline, *N. H.*, 29, 1, 18.

[1]) Suétone, *Aug.*, 32, 3 (p. 308, n. 1). — [2]) Ulpien, *13 ad ed.*, *D.*, 4, 8, 9, 2 (p. 333, n. 1). — [3]) Ces conditions sont indiqués plus ou moins complètement par Paul, *17 ad ed.*, *D.*, 5, 1, 12, 2: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur qui senatu motus est. Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.* Paul parle certainement là de la capacité requise chez les jurés choisis par les parties en dehors des listes. 1° Il suppose que cette capacité est examinée par le magistrat qui nomme le *iudex*; or pour les jurés des listes, cette capacité a été appréciée d'avance lors de la confection des listes; il ne pourrait y avoir lieu de s'en occuper par la suite que si elle avait disparu dans l'intervalle; mais, parmi les incapacités signalées, il y-en a, par exemple celles de la femme et de l'impubère, qui n'auraient pu survenir après coup. 2° Les incapacités visées ici se rapportent à des faits dont on n'aurait pas eu à tenir compte pour les jurés des listes, soumis à des conditions plus rigoureuses qui impliquent l'existence de celles visées: ainsi non seulement il n'y aurait pas eu à parler de l'âge de puberté pour les jurés des listes qui doivent avoir un âge sensiblement plus avancé: à notre avis, vingt-cinq ans; mais il n'y aurait pas eu davantage à parler de l'incapacité de l'esclave, incapable de rien posséder en propre, à propos d'un système qui exige de ses jurés du rang le plus bas, des *ducenarii*, une fortune de 200.000 sesterces. — [4]) Cette incapacité est

lesquels elle établissait certainement la faculté de décliner la mission de juger jusqu'à l'âge de vingt ans.[1]) Elle s'occupait aussi des récupérateurs dont nous savons par l'édit de Venafrum qu'elle réglait la *reiectio* et par conséquent sans doute également la *sortitio*.[2])

Sur la procédure proprement dite, nos informations sont d'une pauvreté singulière. Nous savons par Gaius que la loi Iulia décida que les *iudicia legitima* s'éteindraient par dix-huit mois, et nous savons par Aulu-Gelle qu'elle parlait, dans un sens d'ailleurs ignoré, des remises et des renvois, des *diffissiones* et des *conperendinationes*.[3])

C'est par ces deux renseignements d'une maigreur presque ridicule que s'achève notre liste des informations existant aujourd'hui sur deux lois qu'on regarde avec raison comme ayant été probablement les plus larges qui aient été votées à Rome depuis la loi des XII tables. Avant d'en savoir plus long sur elles, il faudra attendre que des lumières nouvelles soient procurées par la découverte de textes nouveaux ou par un traitement plus ingénieux des textes existants. Pour notre part, nous n'avons fait qu'un inventaire de ruines. Mais c'est précisément pour les ruines que les inventaires valent ordinairement mieux que les restaurations. Ceux qui sont de cet avis me pardonneront peut-être d'avoir écrit un si long travail dans le but d'établir non pas seulement la date des lois Iuliae *iudiciariae* ou leur indépendance de la loi Iulia *de vi*, mais la consistance véritable de l'ensemble des renseignements que nous possédons sur elles.

---

attestée par le texte précité de Paul, p. 371, n. 3, et par Ulpien, *2 ad Sab.*, *D.*, 50, 17, 2, 1, rapproché de 2, *pr.*, et elle s'applique, d'après le caractère général de l'énumération de Paul, sans aucun doute, au juré pris hors des listes. Mais il n'est pas sûr qu'elle fût portée par la loi Iulia *iudiciaria*, car Paul cite dans son énumération l'incapacité de la personne exclue du sénat portée par la loi Iulia *repetundarum* (p. 360, n. 1) et il cite l'incapacité de l'impubère comme établie *natura*. L'incertitude est la même par exemple pour les incapacités des sourds, des muets, des femmes, des esclaves.

[1]) Callistrate, *1 ed. mon.*, *D.*, 4, 8, 41 (p. 333, n. 2). — [2]) *C. I. L.* X, 4842 (p. 337, n. 1). — [3]) Gaius, *Inst.*, 4, 104, et Paraphrase d'Autun, 99 (p. 332, n. 2) Aulu-Gelle, 14, 2, 1 (p. 337, n. 2).

Miszellen.

[Zur Entstehung der Digesten.[1]**]** Die Entstehung der Digesten ist jüngst durch Peters[2]) in einer Abhandlung, die durch Gedankenreichtum ebenso wie durch Gelehrsamkeit hervorragt[3]), einer erneuten Untersuchung unterworfen worden. Er kommt dabei von ganz anderen Ausgangspunkten aus zu Ergebnissen, die denen Franz Hofmanns[4]) sehr nahe stehen. Auch nach ihm liegt den Digesten Justinians eine ältere Kompilation zugrunde, von der er annimmt, daß sie von einigen Beryter Rechtslehrern „in der Generation der Väter der Mitglieder der Digestenkommission, in der ersten Generation nach den ἥρωες“ zusammengestellt worden sei (S. 70). Die Teile πρῶτα, de iudiciis, de rebus, die nach der c. Omnem im vorjustinianischen Rechtsunterricht eine Rolle spielten, sind nicht, wie man, Hugo[5]) folgend, gewöhnlich annimmt, als Teile der großen Ediktskommentare oder eines darunter zu verstehen, sondern als Teile dieser vorjustinianischen Sammlung. In ihrer Zusammensetzung habe die alte Sammlung den Digesten ganz nahe gestanden, so nahe, daß P. aus gewissen Zitaten, die er auf jene beziehen zu dürfen glaubt, schließt, im Titel de testibus und qui testamenta facere possunt hätten die einzelnen Fragmente schon in der gleichen Reihenfolge gestanden wie in den Digesten, so daß also z. B. fr. 14 oder 20 auch dort schon fr. 14 oder 20 gewesen wäre. Die Entdeckung Bluhmes behalte ihre Richtigkeit, aber sie sei, statt auf die Digesten, vielmehr auf die ältere Kompilation zu beziehen. Deren Verfasser hätten bereits sämtliche Schriften der Edikts-, Sabinus- und Papiniansmasse benutzt, mit einziger Ausnahme der Responsen Papinians und Paulus', die, wie sich aus c. Omnem § 1 ergibt, auf den Rechtsschulen im Original gelesen wurden. Auch viele Interpolationen seien schon in der alten Sammlung enthalten gewesen und in die Digesten nur übernommen worden.

---

[1]) Erst nach Absendung dieser Miszelle ist mir die Abhandlung von Rotondi sul modo di formazione delle Pandette (Filangieri 1913) zugegangen. — [2]) Vgl. auch die nachstehende Rezension über Peters, Die oströmischen Digestenkommentare. Anm. d. Red. — [3]) Berichte über die Verhdlg. der Kgl. sächs. Ges. d. Wiss., phil.-histor. Klasse Bd. 65 S. 3f. — [4]) Die Kompilation der Digesten Justinians, herausgeg. v. Ivo Pfaff. 1900. — [5]) Civilist. Magazin 2, 261.



Wenn all dies richtig wäre, würde sich die von den Mitarbeitern Justinians geleistete Arbeit gewaltig reduzieren. Was ihnen zuzuschreiben sein würde, wäre in der Hauptsache nur folgendes. Sie hätten die Materienumstellungen vorgenommen, von denen die c. Tanta § 5 berichtet. Sie hätten die Papinianischen und Paulinischen Responsen, desgleichen die Stellen aus der Appendixmasse, deren Werke erst von ihnen aufgefunden worden sein sollen, in die Sammlung eingefügt. Sie hätten endlich die von Justinian angeordneten Streichungen des Überflüssigen und diejenigen Interpolationen vorgenommen, die durch die Kontroversenentscheidungen [1]) und sonstigen Neuerungen des Kaisers notwendig geworden waren.

Kein Zweifel, diese Annahmen haben etwas Bestechendes. Die Entstehung der Digesten tritt in eine anmutende Parallele zu der des Kodex. Wie dieser auf privaten Kompilationen fußt, so fänden wir auch dort als Grundlage und Vorbild eine private Sammlung. Es würden sich manche scheinbare Rätsel lösen. Wir begreifen leicht, daß man mit einer relativ so einfachen Arbeit in der kurzen Zeit von drei Jahren fertig werden konnte, während wir umgekehrt freilich schwerer verstehen, wie man jemals, was doch Justinian berichtet (c. Tanta und *Δέδωκεν* § 12), ursprünglich kaum in zehn Jahren die Kodifikation zu vollenden gedacht hatte. Ja, es wird auch, wenn nicht verständlich, so doch etwas verständlicher, daß Justinian das neue Werk schon vierzehn Tage nach seiner Publikation in Kraft treten ließ: es war ja nur eine Umarbeitung des allbekannten alten. All das wird auch von Peters (S. 66f., 104f.) als unterstützendes Moment zugunsten seiner Hypothese gebührend hervorgehoben, und wir werden unten darauf zurückzukommen haben. Die eigentliche Grundlage seiner Vermutung aber liegt natürlich nicht hier, sondern auf ganz anderem Boden, und diese Grundlage soll hier kritisch geprüft werden. Sehe ich recht, so sind es drei Argumente, auf die Peters das Schwergewicht legt. Sie gehen zurück auf die *παραγραφαί* des Theophilos, auf die c. Omnem, auf den index Florentinus.

Justinian hat bekanntlich (c. Tanta und *Δέδωκεν* § 21) bei Strafe des falsum verboten, Kommentare zu den Digesten zu schreiben. Peters wendet sich (S. 45) energisch gegen die übliche Annahme, dies Verbot sei schon zu Justinians Lebzeiten nicht streng beobachtet worden: „die poena falsi geht auf Deportation und Vermögenskonfiskation, und das dürfte die Lust, Kommentare zu schreiben, gehemmt haben". Erst nach dem Tode Justinians habe man sich über sein Verbot hinwegzusetzen gewagt. Von Theophilos aber, dem Zeitgenossen und Mitarbeiter Justinians, seien uns in den Basilikenscholien einige dreißig *παραγραφαί* zu den Digesten erhalten, die zweifellos kommentatorischen und also verbotenen Charakters seien. Man hat diese Schwierigkeit

[1]) Denn, das nimmt Peters selbst an (S. 95), bei Kontroversen konnten in der vorjustinianischen Sammlung Streichungen nur dort vorgenommen werden, wo ein Kaiserreskript die Streitfrage entschieden hatte.



durch den Hinweis zu beseitigen versucht, daß der Rechtsunterricht nicht den gleichen Beschränkungen unterlag und unterliegen konnte, wie die literarische Betätigung: jene παραγραφαί entstammten, nahm man an, nicht einem zur Veröffentlichung bestimmten Kommentar, seien vielmehr im Kolleg nachgeschriebene Erläuterungen. Diese Erklärung läßt Peters aber aus folgendem Grunde nicht gelten. Theophilos, der Miglied aller früheren Kommissionen war, sei, wie sich aus der c. Cordi vom 16. November 534 ergebe, in die für die Revision des Kodex eingesetzte Kommission nicht mehr berufen worden. Nehme man hinzu, daß er in seiner Institutionenparaphrase[1]) nur den ersten Kodex zitiert, niemals den zweiten oder die Novellen, so folge daraus, daß er schon vor der Ausarbeitung des Codex repetitae praelectionis gestorben, am 16. November 534, dem Publikationstag des neuen Kodex, also schon — und zwar, fügen wir hinzu, schon geraume Zeit — tot gewesen sei, eine Folgerung, die schon Mylius und Reitz in Reitzens Ausgabe der Institutionenparaphrase[2]) gezogen haben. Nun wäre es ja an sich denkbar, daß Theophilos jene Vorlesungen, die sich, wie die παραγραφαί ergeben, über die Teile πρῶτα, de iudiciis und de rebus erstreckt haben müßten, in der Zeit zwischen der Publikation der Digesten — 16. Dezember 533 — und seinem 534 erfolgten Tod gehalten hätte. Dem stehe aber folgende Erwägung entscheidend entgegen. Wir wissen, daß die byzantinischen Studenten sich für ihr ganzes Studium an einen bestimmten Lehrer hielten, und wissen ferner, daß derselbe Lehrer in einem Jahre nicht nur einen Schülerjahrgang unterrichtete.[3]) Die Lehrer scheinen danach in jedem neuen Jahr für den neuen Schülerjahrgang einen neuen Kurs begonnen, zugleich aber die in den vorhergehenden Jahren für die älteren Jahrgänge begonnenen Kurse fortgesetzt zu haben. Beziehe man nun die unterstellten Vorlesungen des Theophilos auf das Jahr 534, und nehme man, was man ja wohl muß, an, daß die älteren Studierenden trotz des Inkrafttretens der neuen Kodifikation doch nicht wieder von vorn anzufangen brauchten, sondern ihre Studien nach Maßgabe des neuen Studienplans fortsetzen konnten, so müßte Theophilos im Jahre 534 gleichzeitig drei Kurse gehalten haben, einen für die Anfänger über Institutionen und πρῶτα, einen für die edictales etwa über die pars de iudiciis und die Bücher 23, 26, 28, 30 (c. Omnem § 3), einen für die Papinianistae über die pars de rebus und die Bücher 20—22. Das aber sei unmöglich: denn die παραγραφαί des Theophilos berührten die Bücher 20—23, 26, 28, 30 nicht. So bleibe nichts übrig als die Annahme, die παραγραφαί seien Stücke eines Kommentars, und also, da Justinian ja Kommentare verboten habe, eines vorjustinianischen Kommentars, eines Kommentars nicht zu den Digesten, sondern zu der vorjustinianischen Sammlung,

---

[1]) Mit Recht hält Peters (S. 46 n. 132) entgegen Ferrini an der Autorschaft des Theophilos an der Paraphrase fest. — [2]) II 1054 f. — [3]) Vgl. Peters S. 47 f.; die Beweise für Obiges interessieren hier weiter nicht.

den man wegen der genauen Übereinstimmung dieser mit den Digesten dann späterhin doch auch als Digestenkommentar verwerten konnte. Das bestätige sich durch die Tatsache, daß unter den erhaltenen *παραγραφαί* keine einzige sich auf Papinianische oder Paulinische Responsen beziehe, die, wie die c. Omnem zeige, vor Justinian in eigenen Kursen behandelt wurden, in der vorjustinianischen Sammlung also nicht berücksichtigt waren.

Halten wir hier einen Augenblick inne, um diese Argumentation auf ihre Schlüssigkeit zu prüfen. Wir lassen es gelten, daß das Justinianische Verbot von Kommentaren in der Tat so streng ausgelegt wurde, wie Peters will, obwohl sich u. E. recht gute Gründe für die gegenteilige Annahme beibringen ließen. Unter dieser Voraussetzung ist zunächst die Frage zu prüfen, ob Theophilos wirklich vor dem Ergehen der c. Cordi gestorben ist; dies wird, wie erwähnt, von P. daraus geschlossen, daß die c. Cordi ihn nicht mehr erwähne und auch die Institutionenparaphrase von dem Kodex zweiter Lesung nichts wisse. Diese Gründe schlagen aber augenscheinlich nicht durch. Muß der arme Theophilos wirklich notwendig gestorben sein, um zu erklären, daß man ihn nicht in die zweite Kodexkommission berief? Man unterstelle, er sei, als man die zweite Kommission einsetzte, schwer erkrankt gewesen, oder man habe den bedeutenden Lehrer nach Publikation der Digesten seiner jetzt doppelt unersetzlichen Lehrtätigkeit zurückgeben wollen, oder er sei zeitweilig in Ungnade gefallen, oder was man sonst will: ich denke, es gibt, da man doch ganz und gar auf Vermutungen angewiesen ist, Erklärungsmöglichkeiten mehr als genug. Und wenn in der Institutionenparaphrase der zweite Kodex nicht vorkommt, so führt das allerdings zu der Annahme, daß die Paraphrase oder vielmehr die Nachschrift eines Kollegs, die wir mit diesem Namen bezeichnen, im Jahre 534 in der Zeit vor der c. Cordi entstanden ist, rechtfertigt aber keineswegs auch die weitere Annahme, daß der Lehrer, der das Kolleg hielt, nicht länger gelebt habe. Theophilos kann also sehr wohl Vorlesungen über die Digesten auch in den folgenden Jahren gehalten haben. Nun soll ja freilich die Entstehung der *παραγραφαί* aus solchen Vorlesungen nach Peters ausgeschlossen sein, deshalb, weil die auf uns gekommenen Bruchstücke die späteren Digestenbücher nicht berühren, die nach dem justinianischen Lehrplan mit den partes de iudiciis und de rebus in den gleichen Jahren zu lesen waren. Das Argument hätte m. E. selbst dann sein Bedenkliches, wenn wir ein vollständiges Exemplar der Vorlesungen des Theophilos über die ersten Teile der Digesten besäßen; denn so genau und sicher sind wir über die Lehrverhältnisse an der Universität Konstantinopel doch nicht unterrichtet, daß wir mit voller Bestimmtheit behaupten könnten, eine Abweichung von der Regel, den ganzen Lehrkurs bei dem gleichen Lehrer zu hören, sei, zumal in der Übergangszeit[1]), schlechterdings unmöglich gewesen.

---

[1]) Hatte ein Mitarbeiter an der Kodifikationsarbeit, solange diese dauerte, Zeit zu Vorlesungen? Bis zur c. Omnem wurden die 4 libri singu-

Wie steht aber die Sache in Wahrheit? Wir besitzen, wenn ich richtig zähle, im ganzen 33 παραγραφαί des Theophilos. Diese beziehen sich (vgl. das Verzeichnis bei Peters S. 51) auf die Bücher 2, 3, 5, 6, 12—14, 17, d. h. 8 Bücher; es fehlen dagegen παραγραφαί zu den Büchern 1, 4, 7—11, 15, 16, 18, 19, d. h. 11 Büchern unter den 19, die zu den drei ersten Digestenpartes gehören, während wir Scholien anderer Verfasser wenigstens zu einem Teil dieser Bücher in großer Zahl besitzen.[1]) Schlagen wir nun umgekehrt die Basilikenbücher auf, die den vier libri singulares und dem Antipapinian entsprechen, so finden wir unter den dort überlieferten Scholien solche in erheblicher Zahl überhaupt nur zu lib. 22 und 23 der Digesten; bei den Büchern 26 (Bas. 37), 28 (Bas. 35, s. aber auch 39, 2), 30 (Bas. 44), 20 (Bas. 25, 2f.), 21 (Bas. 19, 10—12) versagen unsere Handschriften, was die Scholien angeht, ganz oder fast ganz. Ergebnis also, einerseits: die παραγραφαί des Theophilos sind so spärlich selbst zu den 19 Büchern der drei ersten Digestenpartes überliefert, daß sie zu mehr als der Hälfte dieser Bücher fehlen; andrerseits: von den 7 sonstigen Büchern, bei denen Peters die παραγραφαί vermißt, kommen nach der handschriftlichen Überlieferung für uns überhaupt nur zwei in Betracht. Es ist klar: bei dieser Sachlage darf man aus dem Fehlen von παραγραφαί zu den fraglichen 7 Büchern keinerlei Schlüsse ziehen; es ist sehr wohl möglich, daß Theophilos in den Jahren 534ff. Vorlesungen auch über jene 7 Bücher gehalten hat, und daß nur zufällig unter den wenigen überhaupt erhaltenen παραγραφαί sich keine diesen Vorlesungen entstammende befindet. Die These also, die παραγραφαί des Theophilos könnten, wenn sie sich auf den Digestentext bezogen hätten, ihren Ursprung nicht in Vorlesungen haben, sondern nur einem verbotenen Kommentar entstammen, ist ganz unhaltbar. Ihr vorjustinianischer Ursprung wird auch nicht wahrscheinlicher durch die oben erwähnte, von Peters hervorgehobene Tatsache, daß unter ihnen keine einzige sich auf die Papinianischen und Paulinischen Responsen bezieht, die nach Peters' Annahme von der angeblichen vorjustinianischen Kompilation ausgeschlossen waren. Wie sehr diese Annahme selbst wider alle Wahrscheinlichkeit streitet, werde ich demnächst noch zu zeigen versuchen. Wir können hier aber von diesem Punkt ganz absehen. In der Zahl der Stellen, zu denen wir παραγραφαί besitzen, sind nicht nur die Responsen Papinians nicht vertreten; es fehlt Papinian überhaupt; es fehlen Pomponius, Scävola, Tryphonin; es fehlen die großen Sabinuskommentare des Paulus und Ulpian; es fehlt noch manches andere. Wie könnte dies bei dem Stand der Überlieferung — 33 παραγραφαί gegenüber vielen tausenden von Stellen[2]) — auch anders sein! Daß

---

lares im ersten, nach ihr erst im zweiten Jahr gelesen: mußten die edictales des Jahres 534 sie nochmals hören?

[1]) Man vergleiche etwa zu lib. 1: Bas. 46, 1 u. 3; zu lib. 4: Bas. 7, 2 u. 46, 2; zu lib. 7: Bas. 16; zu lib. 9: Bas. 60, 2—5; zu lib. 10: Bas. 42, 3; 12, 2; 15, 4; zu lib. 11: Bas. 42, 4; 60, 6—9; zu lib. 15: Bas. 18, 5—8; zu lib. 16: Bas. 13, 2; zu lib. 19: Bas. 20, 1 u. 3. — [2]) Man beachte, daß man

also keine *παραγραφαί* zu Papinians und Paulus' Responsen vorliegen, ist allem Anschein nach ein reiner Zufall, ein Zufall übrigens, der sich, auch wenn man als den Gegenstand der Erläuterungen den Digestentext ansieht, besonders leicht begreift; denn in den ersten 19 Büchern der Digesten sind jene Responsen sehr schwach vertreten, — es sind zusammen noch keine 90 Stellen.

Liegt hiernach schlechterdings gar nichts vor, was dazu zwänge, die *παραγραφαί* des Theophilos auf etwas anderes zu beziehen als die Digesten, so spricht andrerseits ein sehr gewichtiger Grund gegen die Beziehung auf einen vorjustinianischen Text. Es handelt sich um die Tatsache, daß eine Anzahl der von Theophilos erläuterten Texte interpoliert oder mindestens stark interpolationsverdächtig sind und dem Theophilos offenbar bereits in dieser interpolierten Gestalt vorlagen. Das ist natürlich auch dem scharfen Blick von Peters (S. 95f.) nicht entgangen, wiewohl er nicht alle m. E. hierhergehörigen Texte anführt; aber er glaubt dem Einwand begegnen zu können, indem er auch diesen Interpolationen vorjustinianischen Ursprung zuschreibt, überhaupt annimmt, daß ein großer Teil der in den Digesten enthaltenen Interpolationen bereits in der vorjustinianischen Sammlung enthalten gewesen sei.[1]) Dies zugegeben, bliebe es immerhin sehr auffallend und für Peters' Hypothese bedenklich, daß die interpolierten Stellen, zu denen *παραγραφαί* erhalten sind, dem Theophilos nicht etwa bloß zum Teil, sondern, soweit die *παραγραφαί* ein Urteil erlauben, samt und sonders nachweislich bereits in interpolierter Gestalt vorlagen. Aber jene Annahme darf nicht zugegeben werden. Ich nehme keinen Anstand, die Möglichkeit vorjustinianischer Interpolation bei gewissen Textveränderungen zu bejahen, freilich nur unter Voraussetzungen, über die ich mich anderwärts zu äußern gedenke, Voraussetzungen, die, wie ich betonen möchte, keineswegs häufig gegeben sein werden. So mag insbesondere ein gut Teil der Interpolationen, wodurch, wie neuerdings von Albertario und Solazzi nachgewiesen worden ist, Äußerungen, die die Tutel betrafen, auch auf die cura übertragen wurden, vorjustinianischen Ursprungs sein. Im übrigen liegt die Sache sehr zweifelhaft schon bei den nicht seltenen vorjustinianischen Einschiebseln bloß erläuternder Natur. Hier spricht m. E. die Vermutung allemal gegen Interpolation und für Glossem. So nahe es liegt, daß der Besitzer einer Handschrift erläuternde Bemerkungen zwischen oder neben den Text schreibt, die dann ein späterer Abschreiber versehentlich in den Text aufnimmt, so wenig will mir einleuchten, daß Juristen ohne amtlichen Auftrag solche Anmerkungen in der Absicht gemacht haben könnten, den Glauben an ihre Textzugehörigkeit zu erregen, ohne doch dabei das Bewußtsein zu haben, eine unerlaubte Fälschung zu begehen.[2]) Nach-

hier nicht bloß die Fragmente, sondern die §§ der Fragmente zu zählen haben würde.

[1]) Vgl. auch Senn, NRH. 1913 p. 186 [1]. — [2]) Sehr verständlich sind dagegen erläuternde Interpolationen als Justinianische Einschiebsel. Wollte man Kommentare verbieten, so lag nichts näher, als schwierige Texte durch Einschiebsel zu erläutern.

weisbar ist Ursprung in vorklassischer Interpolation bei keinem einzigen derartigen Einschiebsel der Digesten, auch nicht bei D. 25, 1, 3, 1, das von Peters (S. 89f.) in diesem Sinne angeführt wird. Diese Stelle kann freilich, so wie wir sie jetzt lesen, nicht aus der Feder eines Klassikers geflossen sein; das hat schon Riccobono[1]) überzeugend nachgewiesen. Aber einmal: sie hat lediglich rekapitulierende Bedeutung und kann daher sehr wohl ganz und gar als vorjustinianisches Glossem gedeutet werden. Es besteht aber auch noch die zweite Möglichkeit: daß sie, wie ich in der Note[2]) zu zeigen versuche, teilweise echt und allerdings Gegenstand einer Interpolation, aber einer Justinianischen geworden ist. Kann ich hiernach an die angeblichen vorjustinianischen Interpolationen i. d. R. schon dann nicht recht glauben, wenn sie bloß erläuternden Charakter haben würden, so gilt dies noch viel mehr von solchen Einschiebseln und Streichungen, die sachliche Bedeutung haben. Peters (S. 93) beruft sich auf das Beispiel der gleichzeitigen Theologen, die selbst vor Veränderungen des Textes der Bibel und der Kirchenväter nicht zurückgeschreckt seien. Aber gerade theologischer Fanatismus hat allezeit gar manches für erlaubt gehalten, was der ruhig abwägende Jurist sich nimmermehr gestatten würde.[3])

---

[1]) Bullett. dell' ist. 9, 230f. — [2]) Trotz der von Riccobono und Peters betonten inhaltlichen Übereinstimmung mit Sin. 18. Der Eingang der Stelle

Nos generaliter definiemus multum interesse ad perpetuam utilitatem agri [vel ad eam, quae non ad praesentis temporis] pertineat an ad praesentis anni fructum

macht bis auf die eingeklammerten Worte, die nur aus einer verunglückten Glosse zu „ad perpetuam utilitatem“ hervorgegangen sein können, einen durchaus echten Eindruck. In dem Gebrauch des Wortes generaliter sehe ich keinen ausreichenden Verdachtsgrund. Freilich fehlt zu pertineat das Subjekt; aber, wenn der Satz von Ulpian herrührt, dann muß zwischen dem pr. und § 1 ein Satz ausgefallen sein, wo vermutlich aus einem älteren Juristen im Gegensatz zu den zuvor besprochenen Fällen von Impensen „ad perpetuam utilitatem“ einzelne Fälle von Impensen „ad praesentis anni fructum“ angeführt und entschieden waren (das war angebracht, mochte auch Ulpian die Fruchtimpensen einige Bücher zuvor, ad Sab. lib. 31, schon einmal behandelt haben, worauf Riccobono p. 235 Gewicht zu legen scheint). Und gerade an diese Einzelentscheidungen hätte sich sehr passend die generalisierende Anmerkung Ulpians angeschlossen, die das Subjekt zu pertineat aus dem Vorhergehenden entnehmen ließ. Zu dieser Annahme stimmt das *ὁρᾷς, ὡς καὶ* Ulpianos usw. im Sin.: was vorher an Einzelentscheidungen eines anderen Juristen exemplifiziert worden war, das bringt nun auch Ulpian in allgemeiner Formulierung. Ist dem aber so, dann könnte sich Ulpians Bemerkung sehr wohl auf den oben angeführten Satz beschränkt haben, und was wir Sin. 18 als seine Meinung lesen, das wäre nicht die wortgetreue Reproduktion des Ulpianschen „*κανονίζειν*“, sondern bloß die aus dem Vorhergehenden geschöpfte Erläuterung des multum interesse, die gerade wegen der Kürze der Anmerkung Ulpians notwendig befunden wurde. Kann nun der Sin. so verstanden werden — und ich glaube, das ist nicht zu bestreiten —, so braucht der unzweifelhaft unechte Schluß von D. 25, 1, 3, 1 weder als Glossem noch als vorjustinianische Interpolation angesehen zu werden: er kann eine Justinianische Interpolation sein, die just auf die im Sin. überlieferte Schulinterpretation zurückgeht.— [3]) Wenn übrigens Peters a. a. O. an die Einschiebung des sog. comma

also keine *παραγραφαί* zu Papinians und Paulus' Responsen vorliegen, ist allem Anschein nach ein reiner Zufall, ein Zufall übrigens, der sich, auch wenn man als den Gegenstand der Erläuterungen den Digestentext ansieht, besonders leicht begreift; denn in den ersten 19 Büchern der Digesten sind jene Responsen sehr schwach vertreten, — es sind zusammen noch keine 90 Stellen.

Liegt hiernach schlechterdings gar nichts vor, was dazu zwänge, die *παραγραφαί* des Theophilos auf etwas anderes zu beziehen als die Digesten, so spricht andrerseits ein sehr gewichtiger Grund gegen die Beziehung auf einen vorjustinianischen Text. Es handelt sich um die Tatsache, daß eine Anzahl der von Theophilos erläuterten Texte interpoliert oder mindestens stark interpolationsverdächtig sind und dem Theophilos offenbar bereits in dieser interpolierten Gestalt vorlagen. Das ist natürlich auch dem scharfen Blick von Peters (S. 95f.) nicht entgangen, wiewohl er nicht alle m. E. hierhergehörigen Texte anführt; aber er glaubt dem Einwand begegnen zu können, indem er auch diesen Interpolationen vorjustinianischen Ursprung zuschreibt, überhaupt annimmt, daß ein großer Teil der in den Digesten enthaltenen Interpolationen bereits in der vorjustinianischen Sammlung enthalten gewesen sei.[1]) Dies zugegeben, bliebe es immerhin sehr auffallend und für Peters' Hypothese bedenklich, daß die interpolierten Stellen, zu denen *παραγραφαί* erhalten sind, dem Theophilos nicht etwa bloß zum Teil, sondern, soweit die *παραγραφαί* ein Urteil erlauben, samt und sonders nachweislich bereits in interpolierter Gestalt vorlagen. Aber jene Annahme darf nicht zugegeben werden. Ich nehme keinen Anstand, die Möglichkeit vorjustinianischer Interpolation bei gewissen Textveränderungen zu bejahen, freilich nur unter Voraussetzungen, über die ich mich anderwärts zu äußern gedenke, Voraussetzungen, die, wie ich betonen möchte, keineswegs häufig gegeben sein werden. So mag insbesondere ein gut Teil der Interpolationen, wodurch, wie neuerdings von Albertario und Solazzi nachgewiesen worden ist, Äußerungen, die die Tutel betrafen, auch auf die cura übertragen wurden, vorjustinianischen Ursprungs sein. Im übrigen liegt die Sache sehr zweifelhaft schon bei den nicht seltenen vorjustinianischen Einschiebseln bloß erläuternder Natur. Hier spricht m. E. die Vermutung allemal gegen Interpolation und für Glossem. So nahe es liegt, daß der Besitzer einer Handschrift erläuternde Bemerkungen zwischen oder neben den Text schreibt, die dann ein späterer Abschreiber versehentlich in den Text aufnimmt, so wenig will mir einleuchten, daß Juristen ohne amtlichen Auftrag solche Anmerkungen in der Absicht gemacht haben könnten, den Glauben an ihre Textzugehörigkeit zu erregen, ohne doch dabei das Bewußtsein zu haben, eine unerlaubte Fälschung zu begehen.[2]) Nach-

hier nicht bloß die Fragmente, sondern die §§ der Fragmente zu zählen haben würde.

[1]) Vgl. auch Senn, NRH. 1913 p. 186[1]. — [2]) Sehr verständlich sind dagegen erläuternde Interpolationen als Justinianische Einschiebsel. Wollte man Kommentare verbieten, so lag nichts näher, als schwierige Texte durch Einschiebsel zu erläutern.



weisbar ist Ursprung in vorklassischer Interpolation bei keinem einzigen derartigen Einschiebsel der Digesten, auch nicht bei D. 25, 1, 3, 1, das von Peters (S. 89f.) in diesem Sinne angeführt wird. Diese Stelle kann freilich, so wie wir sie jetzt lesen, nicht aus der Feder eines Klassikers geflossen sein; das hat schon Riccobono[1]) überzeugend nachgewiesen. Aber einmal: sie hat lediglich rekapitulierende Bedeutung und kann daher sehr wohl ganz und gar als vorjustinianisches Glossem gedeutet werden. Es besteht aber auch noch die zweite Möglichkeit: daß sie, wie ich in der Note[2]) zu zeigen versuche, teilweise echt und allerdings Gegenstand einer Interpolation, aber einer Justinianischen geworden ist. Kann ich hiernach an die angeblichen vorjustinianischen Interpolationen i. d. R. schon dann nicht recht glauben, wenn sie bloß erläuternden Charakter haben würden, so gilt dies noch viel mehr von solchen Einschiebseln und Streichungen, die sachliche Bedeutung haben. Peters (S. 93) beruft sich auf das Beispiel der gleichzeitigen Theologen, die selbst vor Veränderungen des Textes der Bibel und der Kirchenväter nicht zurückgeschreckt seien. Aber gerade theologischer Fanatismus hat allezeit gar manches für erlaubt gehalten, was der ruhig abwägende Jurist sich nimmermehr gestatten würde.[3])

---

[1]) Bullett. dell' ist. 9, 230f. — [2]) Trotz der von Riccobono und Peters betonten inhaltlichen Übereinstimmung mit Sin. 18. Der Eingang der Stelle

Nos generaliter definiemus multum interesse ad perpetuam utilitatem agri [vel ad eam, quae non ad praesentis temporis] pertineat an ad praesentis anni fructum

macht bis auf die eingeklammerten Worte, die nur aus einer verunglückten Glosse zu „ad perpetuam utilitatem" hervorgegangen sein können, einen durchaus echten Eindruck. In dem Gebrauch des Wortes generaliter sehe ich keinen ausreichenden Verdachtsgrund. Freilich fehlt zu pertineat das Subjekt; aber, wenn der Satz von Ulpian herrührt, dann muß zwischen dem pr. und § 1 ein Satz ausgefallen sein, wo vermutlich aus einem älteren Juristen im Gegensatz zu den zuvor besprochenen Fällen von Impensen „ad perpetuam utilitatem" einzelne Fälle von Impensen „ad praesentis anni fructum" angeführt und entschieden waren (das war angebracht, mochte auch Ulpian die Fruchtimpensen einige Bücher zuvor, ad Sab. lib. 31, schon einmal behandelt haben, worauf Riccobono p. 235 Gewicht zu legen scheint). Und gerade an diese Einzelentscheidungen hätte sich sehr passend die generalisierende Anmerkung Ulpians angeschlossen, die das Subjekt zu pertineat aus dem Vorhergehenden entnehmen ließ. Zu dieser Annahme stimmt das ὀρᾶς, ὡς καὶ Ulpianos usw. im Sin.: was vorher an Einzelentscheidungen eines anderen Juristen exemplifiziert worden war, das bringt nun auch Ulpian in allgemeiner Formulierung. Ist dem aber so, dann könnte sich Ulpians Bemerkung sehr wohl auf den oben angeführten Satz beschränkt haben, und was wir Sin. 18 als seine Meinung lesen, das wäre nicht die wortgetreue Reproduktion des Ulpianschen „κανονίζειν", sondern bloß die aus dem Vorhergehenden geschöpfte Erläuterung des multum interesse, die gerade wegen der Kürze der Anmerkung Ulpians notwendig befunden wurde. Kann nun der Sin. so verstanden werden — und ich glaube, das ist nicht zu bestreiten —, so braucht der unzweifelhaft unechte Schluß von D. 25, 1, 3, 1 weder als Glossem noch als vorjustinianische Interpolation angesehen zu werden: er kann eine Justinianische Interpolation sein, die just auf die im Sin. überlieferte Schulinterpretation zurückgeht.— [3]) Wenn übrigens Peters a. a. O. an die Einschiebung des sog. comma

Für die Juristen waren die Schriften der Klassiker Gesetzestexte, deren Anführung in verfälschter Gestalt wohl ebensogut wie die gefälschter Reskripte[1]) als falsum bestraft worden sein wird. Daß man solche Texte bewußt inhaltlich verändert und daß derartige Veränderungen allgemeine Anerkennung erlangt haben sollten, ist, solange dafür kein strenger Beweis geliefert ist, kaum glaublich. Auch die Sinaifragmente machen durchaus den Eindruck absoluten Respekts vor dem Klassikertext, aus dem sie selbst Antiquitäten anführen, wie das conscribi in colonias Latinas oder die iniurecessio tutelae. Betrachten wir nun die interpolierten oder sonst veränderten Stellen, die den παραγραφαί des Theophilos zugrunde liegen, so zeigt sich, daß es sich hier fast überall um Inhaltsveränderungen von zum Teil sehr erheblicher sachlicher Bedeutung handelt. Ich will sie einzeln vornehmen.

D. 6, 2, 11, 1:

Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur.

Daß es bei der Unersitzbarkeit des Nießbrauchs eine klassische Publiciana de usu fructu tradito nicht gegeben haben kann, diese Überzeugung dürfte heute wohl mehr und mehr durchdringen.[2]) Theophilos (suppl. Bas. p. 44 sch. 10) las aber den Text genau so wie wir.

D. 12, 1, 9 pr. enthält die berühmte Interpolation der condictio certi generalis. Theophilos (Heimb. II, 595. 596 sch. Στεφάνου) versuchte eine einschränkende Interpretation, die Stephanos zurückweist.

D. 12, 1, 40. Gegen den Schluß der Stelle ist hinter den Worten „sicut est in fructibus" ein Hinweis auf die cautio pro praede litis et vindiciarum gestrichen[3]); ohne diesen Hinweis sind die Worte „sicut est in fructibus" ganz unverständlich. Theophilos (Heimb. II 636 sch. 11) kommentiert den gekürzten Text; aber man sieht, daß ihm auch der unverkürzte klassische Text noch bekannt gewesen sein muß. Denn er ersetzt den Hinweis auf die cautio p. p. l. v. durch den ganz unzutreffenden auf die cautio iudicatum solvi, in deren Formular von Fruchtersatz gar keine Rede war. Das ist an sich durchaus sinnlos und findet seine Erklärung nur darin, daß Justinian auch sonst überall die cautio p. p. l. v. durch die cautio i. s. hatte ersetzen lassen, was Theophilos ohne viel Nachdenken hier getreulich mitmacht. Oder sollten schon die Verfasser der angeblichen vorjustinianischen Sammlung die Eliminierung der cautio p. p. l. v. so systematisch durchgeführt haben?

In D. 12, 3, 4 pr. las Theophilos (Heimb. II 579 sch. Στεφάνου) bereits das unmögliche „pupillus, si impubes est".

D. 12, 3, 4, 3. Der §, der dem Iudex gestattet, sich über den geleisteten Schätzungseid nach Umständen hinwegzusetzen, ist, wie

---

Iohanneum (1. Joh. 5, 7) erinnert, so ist in Betracht zu ziehen, daß diese Einschiebung durch den verbreiteten Glauben erleichtert war, schon Cyprian habe den Text so gelesen. Vgl. Holtzmann, Lehrb. der histor. krit. Einl. in das neue Testament, 2. Aufl. S. 31.

[1]) C. 9, 22, 3. — [2]) Vgl. H. Krüger, Die prätor. Servitut S. 59f., Rabel, mél. Girard II S. 394. 405, wo man weitere Literatur findet. — [3]) Paling. I 1187[2].

schon Faber annahm, wahrscheinlich ganz und gar interpoliert und lag dem Theophilos (Heimb. II 580, *Σημείωσαι*) schon genau so vor wie uns.

D. 13, 6, 18 pr. Der Schluß dieser Stelle macht bekannte Schwierigkeiten, die auch schon die Byzantiner beschäftigten; den Eindruck einer Interpolation habe ich indessen nicht. Bemerkenswert ist aber, daß Theophilos (Heimb. II 19 *τοῦ Ἀνων.*) die darin erwähnte Culpahaftung von der Haftung für diligentia quam suis rebus versteht. Nimmt man also mit Mitteis (röm. Privatr. I S. 331 f.) an, daß diese Haftungsform unklassisch ist, so müssen auch die hierher gehörigen Interpolationen dem Theophilos bereits bekannt gewesen, d. h. nach Peters vorjustinianisch sein.

D. 17, 1, 22, 9 [1]) bringt die bekannte Interpolation „per traditionem accipere" für „mancipio accipere". Heimb. II 102 sch. 10 ergibt, daß schon Theophilos hier von Tradition, nicht von Manzipation gelesen hat.

In D. 17, 2, 63, 10 sind die Worte „maxima aut media" vor capitis deminutione sicher interpoliert. Der Verfasser des schol. 23 Heimb. I 772 führt als Fall der media c. d. die publicatio bonorum an und beruft sich dafür auf Theophilos, der lehre, daß die Sozietät durch publicatio bonorum unius socii aufgelöst werde. Leider läßt dies Zitat im dunkeln, welcher Text dem Theophilos vorlag; denn natürlich konnte eine solche Bemerkung von ihm auch dann gemacht werden, wenn er einfach „capitis deminutione" las; auch könnte das Zitat auf die Institutionenparaphrase III 25, 7, und nicht auf eine *παραγραφή* zu den Digesten gehen.

Sehen wir von dieser einen Stelle, wo eine Entscheidung nicht möglich ist, ab [2]), so bestätigt sich, was wir oben sagten: soweit unser Material reicht, ist jede in den Digesten nachgewiesene oder vermutete Interpolation bereits dem von Theophilos kommentierten Text eigen gewesen, also nach Peters vorjustinianisch. Die Verfasser der vorjustinianischen Kompilation oder ihre Vorgänger müßten danach mit einer Kühnheit und Rücksichtslosigkeit interpoliert haben, die den Redaktoren der Digesten zu tun kaum mehr etwas übrigließ. Von einer Autorität, die der Urtext für jene Juristen noch besessen hätte, könnte keine Rede mehr sein, und man müßte sich nur wundern, daß sie mit ihren Interpolationen vor den Kontroversen haltgemacht haben sollen. Sich mit einer solchen Hypothese zu befreunden, dazu gehört m. E. ein recht starker Glaube.

Wir haben gesehen, daß die *παραγραφαί* des Theophilos zur Stütze der neuen Meinung nicht nur nichts ergeben, daß ihr Inhalt vielmehr mit dieser Meinung kaum vereinbar ist. Untersuchen wir nun weiter, ob es sich mit der c. Omnem anders verhält. Die c. Omnem schildert

---

[1]) Peters führt auch D. 17, 1, 22, 10 als interpoliert an: der curator bonorum ist hier aber echt. — [2]) Ganz außer Betracht lasse ich das sch. *Τινός* (Bas. II 129 sch. 1) zu Dig. 17, 1, 49 (zu dieser Stelle vgl. Mancaleoni, arch. giur. 61, 460 f., Solazzi, errore e rappresentanza, S. A. aus der riv. per le sc. giur. 18 [2]). Der Theophilinische Ursprung dieses sch. (Heimbach VI 86 [47]) scheint mir nicht genügend gesichert.

bekanntlich in ihrem § 1 den vorjustinianischen Studiengang. Sie berichtet uns da insbesondere, daß im zweiten Jahr den Studierenden „prima pars legum tradebatur", sowie einige Titel „ex illa parte legum quae de iudiciis nuncupatur" und „ex illa quae de rebus appellatur". Was sind das für „leges"? Man nimmt heute gewöhnlich an, daß dieser Bericht die Lektüre der Ediktkommentare oder speziell des Ediktkommentars Ulpians im Auge habe. Dafür hat man recht gute Gründe. Vor allem die Bezeichnung der Studierenden des zweiten Jahres als edictales. Sodann, daß wir vom Ediktkommentar Ulpians und gerade nur von ihm wissen, daß man in ihm πρῶτα, eine pars de rebus und höchstwahrscheinlich auch eine pars de iudiciis unterschied.[1]) Endlich, daß in der c. Omnem § 1 der pars de rebus sieben Bücher zugeschrieben werden[2]), was für beide großen Ediktkommentare stimmt. Peters (S. 58f.) läßt diese Argumente nicht gelten. Ihm ist entscheidend, daß in der Bezeichnung „leges" keinerlei Beziehung auf Ediktkommentare oder gar auf den Ediktkommentar eines einzelnen Juristen zu erkennen ist. „Leges" (= griech. νόμοι) heißen im Sprachgebrauch der c. Omnem — und darin hat Peters ganz recht — alle Entscheidungen der Klassiker, und danach müßten, meint er, die alten partes legum Teile einer Sammlung von Schriftstellern gewesen sein; und da ferner zwei dieser partes sachliche (?) Titel haben (de iudiciis, de rebus), es aber in der juristischen Literatur Schriften nicht gebe, die sich nur auf diese Gebiete beschränken, so müsse jede pars legum eine Einheit von Teilen aus Schriften verschiedener Schriftsteller gewesen sein. So und nur so erkläre sich die Art, wie Justinian seinen neuen Studienplan bekannt gebe. Man müsse beachten, daß nirgends, in keiner Konstitution, die Namen πρῶτα, de iudiciis, de rebus für die Justinianischen Digesten eingeführt würden; die c. Tanta § 2 sq. gebe nur an, daß partes der Digesten, die πρῶτα nuncupantur, de iudiciis appellantur, de rebus nominantur, in bestimmte Anzahlen von Büchern zerlegt seien. Die alten partes legum werden mit den neuen nur ausgewechselt. Deutlich sehe man da, daß es sich um Auswechse-

[1]) Sin. 13, Vat. 266, fr. Berol. de iudiciis, dazu mein Ed.[2] 139f. — [2]) Das leugnet freilich Peters S. 58. Er liest l. c. nicht wie Mommsen: „septem libris (semotis et in his usw.)", sondern läßt die Parenthese erst hinter semotis beginnen, also: „septem libris semotis (et in his usw.)". Mir scheint diese Lesung ganz unmöglich. Ich sehe ganz ab von der Sonderbarkeit, daß Justinian auf diese Weise, statt uns zu sagen, aus wieviel Büchern Titel gelesen wurden, uns nur sagen würde, aus wieviel Büchern dies nicht geschah. Entscheidend gegen Peters ist mir der Umstand, daß er das auf semotis unmittelbar folgende „et in his usw.", statt es, wie natürlich, auf die genannten septem libri zu beziehen, bei seiner Lesung auf die ein gut Stück vorher erwähnten tituli beziehen muß. Kein Leser hätte eine solche Beziehung herausbringen können. Am wenigsten paßt Peters' Lesung zu seiner Annahme (S. 102), daß die Anordnung der Bücher in den Teilen πρῶτα, de iudiciis, de rebus schon in der vorjustinianischen Sammlung die gleiche gewesen sei wie in den Digesten. Denn da die pars de rebus in den Digesten nur 8 Bücher zählt, bliebe septem libris semotis nur ein einziges Buch übrig! So verzwickt drückt sich doch auch Justinian nicht aus.

lung ganz gleichartiger Größen handle, daß die alten partes ebenso Sammlungen von Exzerpten aus Juristenschriften waren wie die neuen.

Ehe ich auf diese Argumentation näher eingehe, sei eine Tatsache angeführt, die m. E. für sich allein schon genügt, die ganze Hypothese über den Haufen zu werfen. Peters nimmt an und muß annehmen, daß die Responsen Papinians in der alten Sammlung nicht vertreten waren; denn nach der c. Omnem § 1 lernten die Studierenden diese Responsen erst im dritten Studienjahr als Papinianistae kennen. Dabei wäre aber nicht stehenzubleiben: denn in c. Omnem § 4 bezeichnet es Justinian als einen Hauptvorzug seiner Neuerung, daß von nun an die Studierenden Papinian nicht bloß aus seinen Responsen, sondern auch aus seinen Quästionen, seinen Definitionen, seiner Schrift de adulteriis, kurz, daß sie Papinian in allen seinen Werken kennen lernen würden. Das war also vorher nicht der Fall, und so sind wir, wenn wir Peters folgen, zu dem Schluß gedrängt, daß nicht nur die Responsen, sondern sämtliche Werke Papinians der alten Kompilation fremd waren! Eine derartige Eliminierung Papinians (oder sei es auch nur seiner Responsen) aus einer für den Unterricht bestimmten Sammlung war aber eine offenbare Unmöglichkeit. Wie hätte der angesehenste unter allen Juristen, der primus omnium, er, der nach dem Zitiergesetz bei allen Kontroversen die in letzter Linie entscheidende Stimme hatte, in einer solchen Sammlung fehlen können! Jeder Jurist hätte sich sagen müssen, daß die Beiseitelassung Papinians die Sammlung praktisch unbrauchbar mache. Und dabei hätte für die Nichtberücksichtigung der andern Schriften Papinians außer den Responsen selbst der äußerliche Grund gefehlt, den Peters für die der Responsen anführt: jene andern Schriften wurden ja nicht gesondert gelesen! Auch ihre Schwierigkeit konnte nicht entscheiden. Sie sind im ganzen nicht schwieriger, als gar manche andern Schriften, und überhaupt konnte die bloße Schwierigkeit gewisser Stellen kein entscheidender Gesichtspunkt bei der Zusammenstellung einer derartigen Kompilation sein. Der Bericht Justinians beweist, daß die von Peters unterstellte Exzerptensammlung nicht existiert haben kann.

Wenn nun aber die Studierenden bis auf Justinian keine Exzerptensammlung, sondern, wie ich überzeugt bin, Ulpians Ediktkommentar lasen, wie ist zu erklären, daß gleichwohl in der c. Omnem § 1 immer nur, nicht von partes dieses Kommentars, sondern von partes legum die Rede ist? Ich denke, das ist nicht so gar schwer zu erklären. Ulpians Ediktkommentar wurde ja nicht um seiner selbst willen gelesen, etwa um die Rechtsschüler gerade bloß mit Ulpian als Schriftsteller bekannt zu machen, sondern um ihnen die Kenntnis der gesamten als Gesetz geltenden Rechtsliteratur zu vermitteln. Dazu eignete sich dieser Kommentar um seines reichen Zitatenschatzes willen, und was darin noch fehlte — z. B. die Schriften des Paulus, Modestins, Marcians, des Florentinus u. a. —, das wurde, wie wir aus den Sinaischolien schließen können, bei der Lektüre durch den Professor nachgetragen. Ulpians Kommentar war die Quelle, aus der die Rechts-

schüler ihre Kenntnis der „leges“ zu schöpfen hatten, und darum begreift sich leicht, daß man die Teile dieses Kommentars als partes legum bezeichnete. Es ist nicht anders als wenn etwa bei uns ein Pandektist auf den Gedanken gekommen wäre, die Pandekten an der Hand der Lektüre und Erläuterung von Windscheids Lehrbuch vorzutragen: die Studierenden würden dann doch gesagt haben, daß sie die Pandekten gehört hätten. Als nun Justinian den Ediktkommentar Ulpians durch seine Digesten ersetzte, da brauchte er, wenn er die alte partes-Einteilung auf sie übertragen wollte, dies wahrlich nicht durch eine besondere Konstitution zu tun. Die Digesten schließen sich bekanntlich, zumal in ihren drei ersten Teilen, fast überall genau an das System gerade des Ulpianschen Ediktkommentars an; wir dürfen vermuten, daß sie selbst ihre Titelüberschriften allergrößtenteils aus ihm entnommen haben. Wenn nun Justinian die partes-Einteilung auch für sie aufrechtzuerhalten gedachte, so genügte zu diesem Behuf vollkommen, daß die partes in dem den Handschriften beigegebenen index titulorum, den wir heute noch im Florentinus lesen können, kenntlich gemacht, d. h. die Bücher doppelt beziffert wurden (z. B. liber octavus, de iudiciis liber quartus). Man versteht auch, daß Justinian in der partes-Einteilung der ersten 19 Bücher nichts Neuartiges sah und bei seinen Vorschriften für den Rechtsunterricht die neuen partes so glattweg mit den alten auswechselte. War doch in jeder pars wesentlich der gleiche Stoff in der gleichen Materienfolge wie zuvor enthalten, nur daß er jetzt den Rechtsschülern nicht mehr durch Vermittlung Ulpians, sondern nach den Originalen dargeboten wurde.

Wir könnten unsere Kritik hier abbrechen; ich glaube die neue Hypothese nicht bloß als unwahrscheinlich, sondern als unmöglich erwiesen zu haben. Es sei aber auch noch ein Blick auf ihre dritte vermeintliche Stütze, den index Florentinus geworfen, dessen bekannte Mängel Peters befriedigend aus seiner Hypothese und gerade nur aus ihr erklären zu können meint. Der index Florentinus, nach seiner Intention ein Verzeichnis der Schriften, aus denen die Digesten zusammengesetzt sind, ist bekanntlich in zwiefacher Richtung ungenau: er enthält einerseits Schriften, die in den Digesten gar nicht vertreten sind, während andrerseits eine Reihe wirklich benutzter Schriften fehlen. Diese Erscheinung will Peters (S. 74f.) in folgender Weise erklären. Justinians Kommission habe bei ihrer Arbeit nicht etwa die ihr vorliegende alte Kompilation zum Ausgangspunkt genommen und sie durch Nachschlagen in den Originalen revidiert und ergänzt; sie sei vielmehr umgekehrt von einer Lektüre der Originale ausgegangen und habe hierzu die alte Kompilation verglichen. Das sei auch ganz empfehlenswert gewesen: die letztere habe ja in den Inskriptionen der Exzerpte nur die Angabe des Buchs enthalten, und man hätte, wenn man von diesen Exzerpten ausgegangen wäre, für jedes Zitat wieder ganze Bücher durchsehen müssen, während bei kursorischer Lektüre der Originale das Nachschlagen in der jedem Kommissionsmitglied, insbesondere den Professoren genau bekannten Kompilation, leichte und

rasche Arbeit gewesen sei. Da habe sich nun herausgestellt, daß gewisse in der alten Kompilation noch benutzte Schriften inzwischen verloren gegangen und nicht mehr zu beschaffen waren: das seien die Schriften, die, weil sie die Kommission nicht gelesen habe, im Index fehlen. Andererseits aber habe die Kommission den Stoff auch zu mehren gesucht und eine Anzahl von Werken durchgesehen, die in der alten Kompilation nicht vertreten waren. Diese Schriften seien sämtlich in den Index aufgenommen worden, und zwar einerlei, ob ihre Durchsicht brauchbare Ergebnisse brachte — so die Schriften der sog. Appendixmasse, von denen daher keine im Index fehle, — oder nicht; daher die Nennung von Büchern, aus denen sich kein Exzerpt in den Digesten finde. Das klingt alles auf den ersten Blick recht plausibel; sieht man näher zu, so ergeben sich die schwersten Bedenken. Zunächst: die Annahme, daß die Appendixmasse die von der Digestenkommission neu beigebrachten und benutzten, in der alten Kompilation nicht vertretenen Schriften enthalte, ist unmöglich.[1]) Denn in der alten Kompilation, wenn sie je existierte, müßten, wie wir auf Grund der c. Omnem § 4 gezeigt haben, nicht bloß die gesondert gelesenen Responsen, sondern sämtliche Werke Papinians gefehlt haben. Wir müßten also, wenn man von den Responsen absehen will, erwarten, mindestens die übrigen Schriften Papinians in der Appendixmasse zu finden; statt dessen finden wir die Quästionen und Definitionen in der Papinians-, die libri de adulteriis in der Sabinusmasse. Aber weiter: welch unglaublich unwahrscheinliches Verfahren muß Peters unterstellen! Man hat eine fertige Kompilation vor sich, die nur überarbeitet werden soll (und nach Peters' Annahme tatsächlich auch gar nicht allzu erheblich überarbeitet worden ist). Statt nun diese Sammlung, deren Mängel und Lücken kennen zu lernen man durch Jahrzehnte im Rechtsunterricht und in praktischer Benutzung Gelegenheit gehabt hatte, vorzunehmen, durchzuprüfen und, wo erforderlich, nach den Originalschriften, sei es auch mittels längeren Suchens zu revidieren und zu ergänzen, macht man sich daran, eine ganze große Rechtsliteratur von A bis Z durchzulesen, auf die Gefahr hin, in der Mehrzahl der Schriften überhaupt nichts neues Verwendbares zu finden! Peters unterschätzt auch die Schwierigkeit, die es haben mußte, die Ergebnisse dieser Lektüre an der alten Kompilation nachzuprüfen und gehörigen Ortes in sie einzuordnen. Nicht leicht wird es jemandem gelingen, sich ein Werk solchen Umfangs, wie ihn, gleich den Digesten, auch jene alte Kompilation gehabt haben müßte, bis ins einzelne seinem Gedächtnis einzuprägen. Schon die Durchstöberung eines größeren Titels konnte

[1]) Nebenbei: wenn Peters (S. 99) aus dem für vorjustinianisch gehaltenen sch. Ἰσιδώρου zu D. 22, 5, 14 (Bas. II 396) den Schluß zieht, daß schon in der alten Sammlung im lib. singularis de testamentis tit. 1 die Fragmente in der gleichen Folge gestanden hätten wie heute in D. 28, 1, so hat er dabei übersehen, daß D. 28, 1, 2 aus der Appendixmasse stammt, also nach seiner Hypothese in der alten Sammlung überhaupt nicht gestanden haben könnte.

zeitraubend werden, da, wenn man im Original eines Juristen eine aufnahmewürdige Entscheidung gefunden zu haben glaubte, man sehr oft im Zweifel hätte sein müssen, nicht nur darüber, ob die Entscheidung schon in der Sammlung stehe, sondern auch darüber, ob sie sich dort unter dem Namen des gleichen oder eines andern Juristen finde, der sie ebenfalls getroffen oder zitiert haben konnte. Überdies aber zeigen uns die Digesten in ihrer unvollkommenen Systematik, daß unendlich oft ein und dieselbe Entscheidung in den verschiedensten Büchern und Titeln hätte gesucht werden müssen. Man wäre, fürchte ich, aus dem Nachschlagen gar nicht herausgekommen, und das Nachschlagen in den alten Handschriften war minder bequem als das in unsern heutigen Druckexemplaren. Dazu kommt nun aber entscheidend, daß Peters' Annahmen im Widerspruch mit den Angaben der Quellen stehen. Der Index war nicht gedacht als ein Verzeichnis der Schriften, die die Kommission gelesen hatte, sondern als eines der wirklich benutzten Schriften, aus denen die Digesten zusammengesetzt sind. Das zeigt schon seine Überschrift: *ἐξ ὅσων ἀρχαίων καὶ τῶν ὑπ' αὐτῶν γενομένων βιβλίων σύγκειται τὸ παρὸν τῶν* digeston *ἤτοι τοῦ πανδέκτου .... σύνταγμα.* Desgleichen meldet die c. Tanta § 20:

> Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus quibusque libris eorum et quot milibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est.

Diesen Berichten zu mißtrauen haben wir nicht die geringste Ursache. Und ist es denn nun wirklich so schwer, die Ungenauigkeiten des Index auf andere Weise zu erklären? Bei der Hast, mit der das ganze Werk betrieben wurde, ist kaum anzunehmen, daß man bei der Herstellung solcher Nebendinge wie des Index mit besonders gemächlicher Sorgfalt vorging. Ich halte es für wenig wahrscheinlich, daß man behufs Revision des Index all die tausende von Inskriptionen nachverglichen hat. Man wird, möchte ich vermuten, etwa einen Bibliothekar beauftragt haben, ein Verzeichnis aller der Kommission vorgelegten Schriften anzufertigen, und dann werden einige Kommissionsmitglieder oder vielleicht auch nur ein einziges aus dem Gedächtnis festgestellt haben, aus welchen Schriften Exzerpte aufgenommen seien, aus welchen nicht. Sehr begreiflich, daß dabei Versehen unterliefen. Schon bei der Aufstellung des ersten Verzeichnisses konnte es geschehen, daß Schriften ausgelassen oder, wenn sie z. B. unter verschiedenen Titeln doppelt vorhanden waren[1]), doppelt angeführt wurden. Noch leichter waren bei der Revision Gedächtnisfehler möglich, namentlich hinsichtlich solcher Schriften, bei denen eine andere als eine sehr schwache Benutzung gar nicht in Frage stand.[2]) In der

[1]) Dieser Verdacht drängt sich beim Durchlesen des Index mehr als einmal auf. — [2]) Es ist bemerkenswert, daß von den 21 ausgelassenen Schriften mindestens 17 libri singulares sind; die 14 versehentlich aufgeführten sind



umfangreichen Kompilation nach vereinzelten Fragmenten zu suchen[1]), war eine überaus mühselige, ja bei beschränkter Zeit oft aussichtslose Sache; man wird sich auf das Gedächtnis verlassen und sich eben dabei öfter getäuscht, benutzte Schriften für unbenutzt, unbenutzte, die man vielleicht selbst gelesen und exzerpiert hatte, für benutzt erklärt haben.[2]) Daß aber von den ausgelassenen Schriften anscheinend[3]) keine zu der Appendixmasse gehört, ist nur natürlich. Die Appendixmasse war ein Nachschub, über den, als er während der Arbeit eintraf, vermutlich recht viel geredet wurde. Es waren im ganzen nur sehr wenige, wahrscheinlich (s. n. 3) nur 11 Schriften.[4]) Ich meine, es begreift sich, daß die Kommissionsmitglieder, denen die Sichtung dieser paar Schriften übertragen worden war, auch keine von ihnen, die wirklich benutzt worden war, vergaßen. Mag nun unsere Erklärung der Fehler des Index zutreffen oder nicht: davon, daß diese Fehlerhaftigkeit uns zu der Annahme zwänge, daß die Justinianische Kommission eine Kompilation als Vorlage benutzt habe, kann sicherlich keine Rede sein.

Und nun, nachdem wir soweit gelangt, nachdem die scheinbaren Beweise für die Peterssche Hypothese zerflattert sind, betrachten wir schließlich das Verhältnis des Berichts, den Justinian in seinen Einleitungserlassen über das Zustandekommen der Digesten gibt, zu dieser Hypothese. Von einer Kompilation als Vorlage ist da nirgends auch nur die entfernteste Andeutung; wohl aber wird überall aufs deutlichste das Fehlen einer solchen Vorlage klargestellt. Peters (S. 73) setzt sich über diese Tatsache mit der Bemerkung hinweg, daß es sich hier um „Berichte im offiziellsten Stil" handle. Ich meine, so einfach liegt die Sache doch nicht. In der c. Deo auctore § 2 bezeichnet Justinian das Ziel seines Unternehmens: tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur. Dann gibt er in § 4f. den Befehl, die Schriften der alten Juristen zu sammeln und zu sichten, ut ex his omni[bu]s materia colligatur, und genaue Anweisung, wie bei der Exzerpierung zu verfahren sei. Diese Äußerungen sind wahrlich nicht, wie Peters (S. 73) will, mit dem Hin-

es sämtlich. In die letztere Kategorie rechnet man allerdings gewöhnlich auch des Sabinus libri III iuris civilis. Ob diese aber aus Versehen angeführt sind, erscheint mir recht zweifelhaft. Ihren Text hatte man ja in den Sabinuskommentaren vor sich gehabt und auch da und dort wirklich benutzt.

[1]) Unter den 21 nachweisbar ausgelassenen Schriften sind 12 nur 1 mal, 2 2 mal, 2 3 mal, 3 4 mal, 1 5 mal, 1 7 mal benutzt. — [2]) Traut man dem Bericht Justinians nicht, nimmt man mit Peters an, daß der Index schon seiner Intention nach alle gelesenen Schriften umfassen sollte, nicht bloß die benutzten, so muß man natürlich die obige Erklärung aufgeben. — [3]) Ganz sicher ist dies nämlich nicht; es trifft nur unter der Voraussetzung zu, daß die Inskriptionen von D. 33, 6, 16 und 36, 4, 15 unrichtig sind. Vgl. dazu Peters S. 78 und die dort Angeff. — [4]) Unter denen die mindest benutzte doch immerhin 8 Exzerpte, dazu mit dem Namen eines neuen Juristen (Furius Anthianus), hergab. Drei Schriften sind je 6 mal, 1 9 mal, 1 10 mal, die andern noch häufiger benutzt.

weis darauf zu beseitigen, daß Justinian ja auch fälschlich statt der Ediktkommentare das Edikt selbst als die Grundlage des Digestensystems bezeichne, und daß er die unausgeführte Absicht des Theodosius verschweige, ein ähnliches Werk herzustellen. So eitel und ruhmredig Justinian auch war, er mußte doch empfinden, daß er sich vor aller Welt lächerlich machte, wenn er die Herstellung eines Werks, das als Privatarbeit seit Jahrzehnten fertig vorlag und in praktischem Gebrauch der Rechtsschulen war, als etwas bezeichnete, was bis auf ihn niemand zu hoffen oder auch nur zu wünschen gewagt habe. Gab es ein solches Werk, so mußte ihn vielmehr seine Eitelkeit dazu treiben, es zu erwähnen und schlechtzumachen und ihm gegenüber die Vorzüge des neuen Unternehmens in glänzendes Licht zu setzen. Ganz das gleiche Bild geben die c. Tanta und *Δέδωκεν*. Wieder werden (§ 1. 17) als Grundlage der Kompilation durchaus nur die Originale bezeichnet. Die ganze Anordnung der Digesten wird (§ 2—8) auf Justinian zurückgeführt und nicht etwa mit der einer früheren Sammlung, sondern (§ 5) mit dem Ediktsystem in Vergleich gestellt. Die Aufnahme der Inskriptionen rechnet der Kaiser als besonderes Verdienst sich selber zu (§ 10). Desgleichen den geringen Umfang des Werks, der auch andern als reichen Leuten die Beschaffung ermögliche, anders als bisher, wo man gezwungen war „mole divitiarum expensa supervacuae legum multitudinis adipisci volumina“ (§ 12). In § 17 wird noch einmal auf die bisherige „inopia librorum quos comparare eis impossibile erat“ hingewiesen. Das alles sind Dinge, die sich, ich wiederhole es, mit der in Byzanz üblichen offiziellen Ruhmredigkeit schlechterdings nicht erklären lassen. Der Kaiser mochte seine Verdienste, soviel er wollte, übertreiben, sich den schwülstigsten Panegyrikus singen; aber Leuten, die es besser wußten, positiv falsche Angaben über die bisherigen Zustände und den Werdegang der Kompilation zu machen, wäre sinn- und zwecklos gewesen.

Ich ziehe das Fazit. Die Existenz der angeblichen vorjustinianischen Kompilation ist nach unsern Quellen ausgeschlossen. Die Leistung der Justinianischen Kommission war eine andere und weit größere als Peters annimmt. Eine größere, aber doch, wenn man den wahrscheinlichen Gang der Dinge in Rechnung stellt, keineswegs unglaubliche. Nicht nur, daß der Kommission durch den Zitatenreichtum der Edikts- und Sabinuskommentare und der in den byzantinischen Rechtsschulen erwachsenen Schulkommentare ihre Arbeit ganz außerordentlich erleichtert war. Man muß auch folgendes beachten. Wir wissen durch Bluhmes Entdeckung, daß die Kommission sich in Subkommissionen geteilt haben muß. Aber diese Subkommissionen müssen ihrerseits notwendig wieder eine Arbeitsteilung vorgenommen haben. Denn die Arbeit, vor der jede Subkommission stand, war, ohne Vorbereitung, in gemeinschaftlicher Sitzung gar nicht zu leisten. Man konnte nicht in Sitzungen umfangreiche Werke durchlesen, die Bedeutung der einzelnen Stellen prüfen, sie mit andern vergleichen, sich ohne weiteres über Streichungen und Interpolationen

schlüssig machen. Es ist gar nicht anders möglich, als daß jede Subkommission die ihr zugewiesene Schriftenmasse wieder unter ihre Mitglieder verteilte; diese werden dann, indem sie ein Hauptwerk, z. B. Ulpians Edikt- oder Sabinuskommentar, zugrunde legten, die einzelnen Schriften gelesen und durchgeprüft und dann an die Subkommission mit bestimmten Anträgen über die aufzunehmenden Exzerpte, sowie über etwaige Streichungen und Interpolationen herangetreten sein. Man schätzt die Gesamtmasse der den Kompilatoren noch zugänglichen Rechtsliteratur, gedruckt gedacht, auf 100—150 mäßige Oktavbände[1]); auf 16 oder, wenn man Tribonian mitrechnet, 17 Kommissionsmitglieder verteilt, ergibt das als Pensum für den einzelnen die Bewältigung von sechs bis neun oder zehn Bänden, eine sicherlich nicht übermenschliche, in relativ kurzer Zeit zu lösende Aufgabe, zumal wenn man bedenkt, daß die wichtigsten Werke den Kompilatoren aus Rechtsunterricht und Praxis genau bekannt waren und daß sehr vieles als offenbar unpraktisch überschlagen werden konnte. Die Subkommissionen ihrerseits haben dann sicherlich nicht etwa jeden einzelnen Vorschlag wieder eingehend beraten; sie werden sich darauf beschränkt haben, ihnen vorgelegte Zweifel zu entscheiden und die Ergebnisse der Einzelarbeit unter Ausscheidung des Überflüssigen zusammenzustellen, und in gleicher Art haben wir uns auch die Schlußarbeit der Gesamtkommission vorzustellen. Das war eine Aufgabe, die in dem Maß, wie sie in den Digesten gelöst erscheint, in drei Jahren recht gut zu lösen war. Auch die große Zahl der Interpolationen darf uns nicht irremachen; auf 16 oder 17 Kommissare verteilt reduziert sich der dafür erforderliche Zeitaufwand gewaltig.[2]) Eine Anzahl Abschriften konnten mit Hilfe zahlreicher Diktatoren und Abschreiber sehr rasch hergestellt werden. Ein starkes Stück bleibt es freilich, daß Justinian es wagte, das umfangreiche Werk binnen 14 Tagen in Kraft zu setzen. Aber das bleibt ein starkes Stück unter allen Umständen, stark, auch wenn man die Peterssche Hypothese annehmen dürfte. Des Neuen enthielten die Digesten auch dann genug. Binnen 14 Tagen aber war es bei den damaligen Verkehrsverhältnissen gewiß nicht einmal möglich, das Werk in die Hände aller Gerichte zu bringen, geschweige denn in die der Anwälte und sonstigen Interessenten. Um den Inhalt des für die Oströmer noch dazu fremdsprachlichen Werks beherrschen zu lernen, waren Jahre erforderlich, wenn dies Ziel bei dem Bildungsstand der damaligen Juristen überhaupt erreichbar war. Daß Justinian sich das nicht selbst sagte oder, wenn er es sich sagte, der Erwägung nicht Raum gab, wird auf Rechnung zweier bekannter Charakterzüge des Kaisers zu setzen sein: seines unruhigen Tatendrangs, der die Dinge nicht reifen ließ, und seiner Eitelkeit, die ihn trieb, jedes Ruhmesblatt sobald als möglich zu pflücken, und ihm den Wunsch eingab, gleich

---

[1]) Vgl. Bruns-Lenel in Holtzendorff-Kohlers Rechtsenzykl.[7] I 365. — [2]) Die Interpolation war auch vielfach eine sehr viel einfachere Sache als ihre Aufdeckung.

weis darauf zu beseitigen, daß Justinian ja auch fälschlich statt der Ediktkommentare das Edikt selbst als die Grundlage des Digestensystems bezeichne, und daß er die unausgeführte Absicht des Theodosius verschweige, ein ähnliches Werk herzustellen. So eitel und ruhmredig Justinian auch war, er mußte doch empfinden, daß er sich vor aller Welt lächerlich machte, wenn er die Herstellung eines Werks, das als Privatarbeit seit Jahrzehnten fertig vorlag und in praktischem Gebrauch der Rechtsschulen war, als etwas bezeichnete, was bis auf ihn niemand zu hoffen oder auch nur zu wünschen gewagt habe. Gab es ein solches Werk, so mußte ihn vielmehr seine Eitelkeit dazu treiben, es zu erwähnen und schlechtzumachen und ihm gegenüber die Vorzüge des neuen Unternehmens in glänzendes Licht zu setzen. Ganz das gleiche Bild geben die c. Tanta und *Δέδωκεν*. Wieder werden (§ 1. 17) als Grundlage der Kompilation durchaus nur die Originale bezeichnet. Die ganze Anordnung der Digesten wird (§ 2—8) auf Justinian zurückgeführt und nicht etwa mit der einer früheren Sammlung, sondern (§ 5) mit dem Ediktsystem in Vergleich gestellt. Die Aufnahme der Inskriptionen rechnet der Kaiser als besonderes Verdienst sich selber zu (§ 10). Desgleichen den geringen Umfang des Werks, der auch andern als reichen Leuten die Beschaffung ermögliche, anders als bisher, wo man gezwungen war „mole divitiarum expensa supervacuae legum multitudinis adipisci volumina" (§ 12). In § 17 wird noch einmal auf die bisherige „inopia librorum quos comparare eis impossibile erat" hingewiesen. Das alles sind Dinge, die sich, ich wiederhole es, mit der in Byzanz üblichen offiziellen Ruhmredigkeit schlechterdings nicht erklären lassen. Der Kaiser mochte seine Verdienste, soviel er wollte, übertreiben, sich den schwülstigsten Panegyrikus singen; aber Leuten, die es besser wußten, positiv falsche Angaben über die bisherigen Zustände und den Werdegang der Kompilation zu machen, wäre sinn- und zwecklos gewesen.

Ich ziehe das Fazit. Die Existenz der angeblichen vorjustinianischen Kompilation ist nach unsern Quellen ausgeschlossen. Die Leistung der Justinianischen Kommission war eine andere und weit größere als Peters annimmt. Eine größere, aber doch, wenn man den wahrscheinlichen Gang der Dinge in Rechnung stellt, keineswegs unglaubliche. Nicht nur, daß der Kommission durch den Zitatenreichtum der Edikts- und Sabinuskommentare und der in den byzantinischen Rechtsschulen erwachsenen Schulkommentare ihre Arbeit ganz außerordentlich erleichtert war. Man muß auch folgendes beachten. Wir wissen durch Bluhmes Entdeckung, daß die Kommission sich in Subkommissionen geteilt haben muß. Aber diese Subkommissionen müssen ihrerseits notwendig wieder eine Arbeitsteilung vorgenommen haben. Denn die Arbeit, vor der jede Subkommission stand, war, ohne Vorbereitung, in gemeinschaftlicher Sitzung gar nicht zu leisten. Man konnte nicht in Sitzungen umfangreiche Werke durchlesen, die Bedeutung der einzelnen Stellen prüfen, sie mit andern vergleichen, sich ohne weiteres über Streichungen und Interpolationen

schlüssig machen. Es ist gar nicht anders möglich, als daß jede Subkommission die ihr zugewiesene Schriftenmasse wieder unter ihre Mitglieder verteilte; diese werden dann, indem sie ein Hauptwerk, z. B. Ulpians Edikt- oder Sabinuskommentar, zugrunde legten, die einzelnen Schriften gelesen und durchgeprüft und dann an die Subkommission mit bestimmten Anträgen über die aufzunehmenden Exzerpte, sowie über etwaige Streichungen und Interpolationen herangetreten sein. Man schätzt die Gesamtmasse der den Kompilatoren noch zugänglichen Rechtsliteratur, gedruckt gedacht, auf 100—150 mäßige Oktavbände [1]); auf 16 oder, wenn man Tribonian mitrechnet, 17 Kommissionsmitglieder verteilt, ergibt das als Pensum für den einzelnen die Bewältigung von sechs bis neun oder zehn Bänden, eine sicherlich nicht übermenschliche, in relativ kurzer Zeit zu lösende Aufgabe, zumal wenn man bedenkt, daß die wichtigsten Werke den Kompilatoren aus Rechtsunterricht und Praxis genau bekannt waren und daß sehr vieles als offenbar unpraktisch überschlagen werden konnte. Die Subkommissionen ihrerseits haben dann sicherlich nicht etwa jeden einzelnen Vorschlag wieder eingehend beraten; sie werden sich darauf beschränkt haben, ihnen vorgelegte Zweifel zu entscheiden und die Ergebnisse der Einzelarbeit unter Ausscheidung des Überflüssigen zusammenzustellen, und in gleicher Art haben wir uns auch die Schlußarbeit der Gesamtkommission vorzustellen. Das war eine Aufgabe, die in dem Maß, wie sie in den Digesten gelöst erscheint, in drei Jahren recht gut zu lösen war. Auch die große Zahl der Interpolationen darf uns nicht irremachen; auf 16 oder 17 Kommissare verteilt reduziert sich der dafür erforderliche Zeitaufwand gewaltig.[2]) Eine Anzahl Abschriften konnten mit Hilfe zahlreicher Diktatoren und Abschreiber sehr rasch hergestellt werden. Ein starkes Stück bleibt es freilich, daß Justinian es wagte, das umfangreiche Werk binnen 14 Tagen in Kraft zu setzen. Aber das bleibt ein starkes Stück unter allen Umständen, stark, auch wenn man die Peterssche Hypothese annehmen dürfte. Des Neuen enthielten die Digesten auch dann genug. Binnen 14 Tagen aber war es bei den damaligen Verkehrsverhältnissen gewiß nicht einmal möglich, das Werk in die Hände aller Gerichte zu bringen, geschweige denn in die der Anwälte und sonstigen Interessenten. Um den Inhalt des für die Oströmer noch dazu fremdsprachlichen Werks beherrschen zu lernen, waren Jahre erforderlich, wenn dies Ziel bei dem Bildungsstand der damaligen Juristen überhaupt erreichbar war. Daß Justinian sich das nicht selbst sagte oder, wenn er es sich sagte, der Erwägung nicht Raum gab, wird auf Rechnung zweier bekannter Charakterzüge des Kaisers zu setzen sein: seines unruhigen Tatendrangs, der die Dinge nicht reifen ließ, und seiner Eitelkeit, die ihn trieb, jedes Ruhmesblatt sobald als möglich zu pflücken, und ihm den Wunsch eingab, gleich

---

[1]) Vgl. Bruns-Lenel in Holtzendorff-Kohlers Rechtsenzykl.[7] I 365. — [2]) Die Interpolation war auch vielfach eine sehr viel einfachere Sache als ihre Aufdeckung.

sein nächstes Konsulat mit der neuen Gesetzgebung einzuweihen. Wie viele Konsulate mochte er noch zu leben oder zu regieren haben? Erinnerte er sich an den Nikaaufstand des Jahres 532, so wußte er, daß der Thron in Byzanz nicht immer auf sehr festen Füßen stand.

Der Inhalt der Petersschen Abhandlung erschöpft sich nicht in der hier bekämpften Hypothese. Anderes, was sie bringt, werden wir als dauernden Gewinn zu buchen haben, vor allem die schöne Entdeckung der Basiliken- und der Digesten-„Katene". Aber nicht bloß deshalb schätze ich den Wert der Abhandlung hoch ein. Es gibt Autoren, die, auch wenn sie auf neuen Pfaden irregehen, die Wissenschaft mehr fördern als so mancher, der mit seinem Besen etwas Staub von der großen Heerstraße kehrt. Zu ihnen möchte ich Peters gezählt wissen.

Freiburg i. Br. Otto Lenel.

[Vocabularium Codicis Iustiniani.] Die Arbeiten am Index plenus zum Codex Iustinianus sind, seit sie in dieser Zeitschrift (32, 338) angezeigt wurden, so weit gediehen, daß nun daran gedacht werden kann, ihr Ergebnis der Öffentlichkeit zu übergeben. Vittorio Scialoja, dessen Anregung und Förderung bereits Longos verdienstvoller Index zu danken ist, hat sich in liebenswürdiger Weise bereit gefunden, das in Angriff genommene Vocabularium Codicis Iustiniani je nach Vollendung einzelner Teile lieferungsweise als Sonderband seines „Bullettino" erscheinen zu lassen. Ein erheblicher Teil der Arbeit befindet sich bereits unter der Presse. Darum ist es vielleicht nicht unangebracht, das Publikum dieser Zeitschrift mit Plan und Anlage des Werkes, wie sie in dessen Praefatio dargelegt werden, bekanntzumachen.

Vor allem war die grundlegende Frage zu beantworten: Vokabularium oder Index? Vollständige wissenschaftliche Durcharbeitung des ganzen Materiales oder nur mechanische Verzeichnung sämtlicher Wörter mit allen Belegstellen? Gewiß verdiente ein dem Beispiele des Vocabularium iurisprudentiae Romanae folgendes Unternehmen den Vorzug. Aber vestigia terrent. Die Sorge, daß solches Beginnen kein Ende absehen ließe, an den hohen Kosten zu scheitern drohte und am Ende doch dem einzelnen Forscher die Nachprüfung kaum ersparen würde, ließ diesen Weg ungangbar erscheinen. Der bloße Wortindex hinwiederum, der sich mit Anführung der Grundform jedes Wortes unter Beifügung sämtlicher Stellen des Kodex, wo dieses Wort in irgendeiner Gestalt begegnet, begnügte, schien allzuwenig zu bieten. Es wurde daher versucht, einen Mittelweg einzuschlagen, der die Bezeichnung der Arbeit als Vokabularium entschuldigen mag.

Das Vokabularium gibt zunächst die Grundform jedes Wortes an. Substantiva im Nominativ Singularis. Adjectiva im Nominativ Singularis masculini generis des Positives. Pronomina im ersten für sie üblichen Fall. Verba im Infinitiv. Adverbien als eigene Grundformen nur,

soweit sie im Kodex nicht auch in der adjektivischen Form auftreten oder eine unregelmäßige Gestalt aufweisen. Komparative und Superlative nur insoweit selbständig, als sie eine vom Positiv unregelmäßig abweichende Form besitzen. Grundsätzlich wurde jede orthographische oder sprachliche Spielart (expectare-exspectare; nec-neque; seu-sive) als selbständiges Wort behandelt. Andererseits wurde durch reichliche Verweisungen (namentlich auch bei und auf Zusammensetzungen wie praeterquam etc.) unnötigem Zeitverluste bei Benutzung des Werkes vorgebeugt und eine rasche Übersicht über die verschiedenen Wortformen angestrebt.

An jede Grundform schließt sich ein Verzeichnis sämtlicher im Kodex gebrauchter konkreter Formen des betreffenden Wortes in der von alters her durch die Grammatik eingebürgerten Reihenfolge. Nur das Verzeichnis der Eigennamen begnügt sich mit der Anführung des Namens im Nominativ. Ebenso wurde im Verzeichnisse der Adressaten zwischen der Form „ad — —" und dem einfachen Dativ nicht unterschieden.

Gleichlautende Formen desselben Wortes (Dativ und Ablativ etc.) sind gemeinschaftlich dort angeführt, wo die Form zuerst auftritt (also alle Ablative schon beim gleichlautenden Dativ etc.), nicht sowohl aus Bequemlichkeit, weil die Scheidung unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Mühe verursacht hätte, sondern weil solche Scheidung vielfach bereits eine über die Ziele der Arbeit hinausgehende, dem einzelnen Forscher doch nicht zu ersparende sachliche Stellungnahme bedeuten würde. Gleichlautende Formen verschiedener Wörter (multa —multa; quod—quod etc.) sind dagegen wie diese Wörter selbst nach Bedeutungen getrennt.

Auf dieses rein mechanische, der Wortfolge des Kodex sich anschließende, erschöpfende Stellenverzeichnis folgt bei juristisch mehrdeutigen Wörtern (causa, condicio etc.) eine Scheidung der Belegstellen nach Wortbedeutungen, die, da sie nur die bereits angeführten Stellen in anderer Reihenfolge wiederholt, lediglich von der Grundform ausgeht, auf eine Wiederholung der an der einzelnen Stelle gebrauchten konkreten Form verzichtet.

Diese Scheidung nach Bedeutungen wird endlich ergänzt oder, wo die Art der Zusammensetzung an sich schon die Bedeutung des Wortes kenntlich macht, ersetzt durch ein Verzeichnis der sprachlich und juristisch bemerkenswerten Verbindungen, in denen sich das betreffende Wort im Kodex findet (et non; et si; actio bonae fidei; actio competit; actio datur etc.). Hierbei ergab sich ein Unterschied zwischen den Wortverbindungen, deren erstes Wort unveränderlich ist (et si etc.), und solchen, wo das nicht der Fall ist (actionem dare etc.). Wo das erste Wort unveränderlich ist und daher eine Scheidung nach Wortformen entfällt, schien es überflüssig, erst das erste Wort (et) allein und dann nochmals die Wortverbindung (et si) anzuführen. In solchen Fällen wurde nur die Wortverbindung verzeichnet, so daß unter dem Grundwort (et) nur jene Stellen erscheinen, in denen das

Wort allein, nicht in einer der anschließend ohnedies angeführten Wortverbindungen auftritt. Dagegen ist das zweite und dritte Wort solcher Verbindungen (et si, et si non etc.) selbstverständlich auch unter seiner Grundform (si, si non, non) verzeichnet oder dort wenigstens eine entsprechende Verweisung angebracht. Wo das erste Wort veränderlich ist (actionem dare), ist jeder Teil der Wortverbindung unter seinem Grundwort (actio und dare) in der entsprechenden konkreten Form verzeichnet, darum aber auch bei solchen Wortverbindungen nicht mehr nach der jeweils beliebten Form (actio datur, actio danda est etc.) unterschieden, sondern nur der Typus als solcher (coniunctio cum verbis: dare) festgehalten. Die Anordnung ist regelmäßig erst nach Attributen, dann nach Verben, schließlich nach „notabilia varia", innerhalb jeder Gruppe in der durch das zweite Wort bestimmten alphabetischen Reihenfolge getroffen.

Das Vokabularium strebt Vollständigkeit des bearbeiteten Materiales an. Es umfaßt daher sämtliche lateinische und griechische Wörter des Kodex in zwei alphabetischen Hauptverzeichnissen, denen ein Verzeichnis der bloß fragmentarisch erhaltenen (nicht vollständig und sicher ergänzten) Wörter in der Reihenfolge ihres Vorkommens im Kodex angeschlossen ist. Die Eigennamen mit Ausnahme der gesondert verzeichneten Kaisernamen der Inskriptionen und die Abkürzungen sind in zwei besonderen, sprachlich nicht getrennten Verzeichnissen vereinigt.

Schwierig gestaltete sich die Frage, wie die Inskriptionen der einzelnen Konstitutionen — die der einzelnen Titel sind selbstverständlich in das Hauptregister einbezogen — und die Subskriptionen zu behandeln seien. Da gerade der Umstand, welcher Kaiser diese oder jene Verfügung erlassen, dieses oder jenes Wort gebraucht habe, für die Forschung zumeist von größter Bedeutung ist, stand von vornherein fest, daß auf die Namen der Urheber der einzelnen Erlasse nicht verzichtet werden könne. Als das Einfachste und Zweckmäßigste erschiene es auf den ersten Blick, jeder Stelle den Kaisernamen beizusetzen. Das verbot sich aber, abgesehen von anderen Gründen, namentlich davon, daß die Autorschaft keineswegs immer feststeht, vor allem deshalb, weil der Umfang des Werkes dadurch ganz erheblich angeschwollen wäre. Es war daher vorzuziehen, ein selbständiges Register der Kaiser anzulegen, das zugleich eine Stellungnahme zu Zweifeln über die jeweilige Autorschaft gestattet. Das geschah in zweifacher Weise. Erstlich wurde ein „Reihenindex" hergestellt, der die Kaisernamen in der Reihenfolge des Kodex anführt. Sodann wurden die Kaisernamen unter Anführung sämtlicher von jedem einzelnen Kaiser herrührender Konstitutionen in alphabetische Ordnung gebracht. Überdies wurde der Übersicht halber ein chronologisches Register der im Kodex vertretenen Kaiser an die Spitze gestellt. Nimmt man dazu, daß Paul Krüger in seiner mustergültigen Ausgabe des Kodex ein chronologisches Verzeichnis sämtlicher Konstitutionen gibt, so dürfte mit Hilfe dieser zwei oder drei Register der gewünschte Zweck völlig

erreicht sein, ohne daß dem einzelnen Benutzer des Werkes allzuviel zugemutet wird.

Von nicht geringerer Bedeutung für die Forschung ist es, zu wissen, für wen, für welchen Personenkreis, für welchen Reichsteil die einzelne Konstitution von Haus aus bestimmt war. Darum ist der Index inscriptionum noch um ein drittes Register, um das der Adressaten vermehrt. Hier ergab sich, abgesehen von der Gruppe der Konstitutionen ohne erkennbaren Adressaten, von selbst die Scheidung in Konstitutionen an Beamte, die im wesentlichen nach dem Systeme der notitia dignitatum geordnet werden konnten, an einzelne Körperschaften (Senat, Kurien, Populus, Provinzen, Provinzbewohner, Korporationen etc.) und an einzelne Privatpersonen (Soldaten, Profane, Einnamige, Zweinamige, zwei oder mehrere Personen, einen Benannten et aliis etc.). Für die große Zahl der an einen praefectus praetorio gerichteten Konstitutionen konnte überdies dank einer Reihe von Hilfsmitteln zumeist eine Scheidung nach Reichsteilen (pp. Galliarum, Italiae etc.) durchgeführt werden. Doch wurde hier wie in allen Fällen, wo die einzelne Stelle dem Schlagwort, unter dem sie eingereiht wurde, nicht dem Wortlaute, sondern nur dem Sinne nach entspricht, das Zitat in Klammer gesetzt, während ein Zweifel stets durch ein in Klammern beigefügtes Fragezeichen angedeutet wurde.

Was die Subskriptionen betrifft, so setzen sie sich regelmäßig aus einem „Kanzleivermerk“ (D.; P. P. etc.), aus der Ortsangabe, aus dem Monatstag und aus der Anführung der Konsuln zusammen. Die Namen des Ortes und der Konsuln sind in dem Verzeichnis der Eigennamen, Kanzleivermerk und sonstige Abkürzungen (cons. etc.) in dem Verzeichnis der Abkürzungen angeführt. Die Registrierung des Monatstages war durch das schon erwähnte chronologische Verzeichnis Krügers überflüssig gemacht. Nur der Vermerk „sine (die et) consule“ fand unter den betreffenden einzelnen Wörtern im Hauptverzeichnis Aufnahme.

Alles in allem enthält daher das Vokabularium in der Tat den gesamten Wortschatz des Kodex. Die Erreichung dieses bei der Menge des Stoffes nicht leichten Zieles wurde durch eine komplizierte Kontrollmethode angestrebt, deren Einzelheiten sich der Darstellung entziehen, deren Wesen aber vielleicht durch die Anführung des Umstandes charakterisiert ist, daß das Material in zwei selbständigen Zettelkatalogen vollständig verarbeitet wurde, deren einer in Wien, der andere in Prag zur Aufstellung gelangt, und daß die letzte Korrektur durch Abstrich jedes einzelnen Wortes in einem Exemplar des Kodex hergestellt wurde. Ausgefallen sind nur: in den Inskriptionen idem (das im Kaiserregister durch den [die] entsprechenden Kaisernamen ersetzt wurde), A., A. A. etc. C., C. C. etc. und das „et“ zwischen mehreren Kaiser- oder Caesarennamen; in den Subskriptionen A., AA, C., CC. und die Angabe des Tages und Monates; überhaupt die allenfalls vorkommenden römischen Ziffern.

Zugrunde gelegt ist der Arbeit die neueste (achte) Stereotypausgabe des Kodex von Paul Krüger (Weidmann, Berlin 1906). Auf ab-

weichende Lesarten wurde grundsätzlich (mit Ausnahme des Inskriptionenindex) keine Rücksicht genommen. Ein darauf abzielender Versuch erwies sich ebenso undurchführbar wie beim Vocabularium iurisprudentiae Romanae. Das Wörterbuch soll und kann eben die Benützung der Quellen selbst nicht ersparen. Nur die offensichtlichen — zum überflüssigen Lobe Krügers sei es gesagt — an Zahl überaus geringen Druckfehler wurden berichtigt und anhangsweise verzeichnet. Zitiert ist die einzelne Stelle, wie üblich, nach Buch, Titel, Konstitution, Paragraph. Nur der Hinweis auf das pr(incipium, prooemium) ist als selbstverständlich weggelassen. Wenn dieselbe Wortform innerhalb desselben Zitates wiederkehrt, ist die Zahl der Wiederholungen in Klammern beigefügt. Die Einleitungskonstitutionen sind, da sie ins Wörterverzeichnis einzubeziehende Titel tragen, nicht mit den Anfangsworten des Textes (haec quae necessario; summa rei publicae; cordi nobis), sondern mit denen ihrer Titel (de novo; de Iustiniano; de emendatione) angeführt. Die den Kodex einleitende Überschrift unter Anrufung Gottes ist lediglich mit „1" (= erstes Buch) zitiert.

Der Index inscriptionum (Kaiser- und Adressatenverzeichnisse), das Register der Abkürzungen, das Verzeichnis der Eigennamen und das griechische Vokabularium sind bereits in Druck. Der Rest, das Hauptverzeichnis der lateinischen Wörter, dürfte zu Ostern kommenden Jahres in Druck gehen und im Laufe des Jahres erscheinen.

Prag. R. v. Mayr.

[Dies cedens.] Ich bin von der Redaktion der Sav. Z. aufgefordert worden, über den Inhalt meines in böhmischer Sprache abgefaßten Buches „Dies cedens v právu římském. V Praze 1913" (Der d. c. im römischen Recht. Prag 1913) zu berichten. Das Buch zerfällt in 4 Kapitel.

Kap. I. Die Begriffe dies cedens und veniens erläutert Ulpian in D. 50, 16, 213 pr. Mitteis SZ. 32, 1 ff. hat nachgewiesen, daß der Begriff „dies cedens" ursprünglich dem Erbrecht angehört und im Schuldrecht nur gelegentlich und dann regelmäßig gleichbedeutend mit „dies veniens" vorkommt. Die betreffenden Stellen des Schuldrechts hat Mitteis in 3 Gruppen verteilt. Doch scheint in der ersten Gruppe „dies cedit" nichts weiter zu bedeuten, als daß die Frist der lex Furia abläuft; das regelmäßige Zusammentreffen des Beginnes dieser Frist mit der Fälligkeit der Hauptschuld ist rein faktisch. In der zweiten Gruppe (operae libertorum; D. 45, 1, 73 pr. gehört aber zur 1. Gruppe) deckt sich der dies cedens operarum nicht unbedingt mit deren Fälligkeit, welche durch die indictio auf irgendeinen späteren Zeitpunkt festgesetzt werden kann, während der dies cedens bereits mit der indictio eintritt. Das entspricht dann der Definition des fr. 213 pr. Für die dritte Gruppe (s. auch Hermog. D. 40, 9, 27 pr.) ist jedoch Mitteis zuzustimmen, so daß die Definition des fr. 213 pr., das im ursprünglichen Zusammenhange wohl dem Schuldrecht angehört hat, doch mit den-

jenigen Stellen in Widerspruch steht, in welchen der dies cedens als Begriff des Schuldrechtes vorkommt. Das ist so zu erklären, daß es sich für Ulpian darum gehandelt hat, die Wirkungen der stipulatio pura, in diem und condicionalis zu erklären, wozu er sich der ad hoc definierten termini dies cedens und veniens bedient hat. Diese Definitionen passen aber auch für das Erbrecht nicht, wo „dies cedit" nie mit „incipit deberi pecunia" gleichbedeutend ist, „dies venit" aber, soweit dieser Termin bei Legaten angewendet wird, mehr bedeutet als die bloße Fälligkeit. Der Usus modernus hat indessen den dies cedens der Vermächtnisse im Sinne des fr. 213 pr. aufgefaßt, und so wurde diese Stelle zur Grundlage der heutigen Lehre von dem die cedente entstehenden Vermächtnisanspruch.

An den dies cedens knüpfen scheinbar folgende Stellen debere an: 1. D. 33, 2, 26 pr. — debere ist vom Fragesteller gebraucht. [Schluß der Stelle von „sed his casibus" an interpoliert, s. Albertario Contributi alla critica del Digesto S. 16, zu seinen Gründen noch: es wird vom Untergang des usus fructus gesprochen („quo extincto"), obzwar Paulus ausdrücklich hervorhebt, daß vom usus fructus, während die Frist läuft, nicht die Rede sein kann und diese richtige Auffassung am Ende des interpolierten Satzes wiederkommt. Also Widerspruch innerhalb des interpolierten Teiles selbst.] — 2. D. 36, 2, 14, 3 — Ulpian denkt aber an eine künftige Schuld, deren Objekt gegenwärtig bestimmt wird. Ähnlich wird auch „adquirere" von künftigem Erwerbe gesagt, vgl. Wlassak, SZ. 31, 307 A. 1; von seinen Belegstellen scheiden jedoch aus: D. 28, 5. 38, 4 (adquiret); D. 30, 68, 1 (handelt von einem bedingten Legate); D. 36, 2, 9, wo der dies cedens erst hereditatis aditione eintritt; dagegen kann angeführt werden D. 50, 17, 18; unrichtig Arndts Vermächtnisse 48, 216 ff., der beim Erwerb des Vermächtnisses durch eine persona alieni iuris mit dem dies cedens den definitiven Erwerb verbindet, besonders unter Berufung auf D. 31, 55, 1, wo es sich jedoch um die Frage der Kapazität handelt, welche erst dann akut wird, wenn die Erbschaft angetreten ist und nicht schon die cedente. Krüger, Dig. ad h. l. gibt an, daß Wlassak „et postvenit" für interpoliert hält, wo, habe ich nicht finden können. Auch scheint mir diese Interpolation unwahrscheinlich. — 3. D. 36, 3, 8 u. 9. Fr. 8 kann nur vom bedingten Legate verstanden werden, da die cautio vor dem dies cedens geleistet worden ist. Paulus spricht aber in fr. 9 von dies certa. Letztere Stelle hat sich im ursprünglichen Zusammenhange vielleicht auf das Kautionsversprechen bezogen. Vom Damnationslegate könnte sie nur dann sprechen, wenn es wahr wäre, daß bei solchen in diem errichteten Legaten das vermachte Recht hereditatis aditione entsteht und der dies veniens nur dessen Fälligkeit bedeutet (so Girard, Manuel 5 S. 926 n. 1, auch Wlassak, SZ. 33, 112 A. 3). S. aber D. 31, 45, 1 (zum „pertinere" vgl. D. 50, 16, 181 u. 31, 12, 1); D. 35, 1, 1, 1; D. 31, 88, 5; D. 33, 1, 15. Das Damnationslegat hat die Entwicklung der stipulatio in diem nicht mitgemacht. Kein Gegenargument aus D. 46, 2, 8, 1, vgl. den Fall, wenn die novierende oder

novierte Stipulation bedingt ist, und Gai. III 179. Für die Späteren war offenbar nicht so sehr die gegenwärtige Nichtexistenz des debitum, als vielmehr die Unsicherheit seines künftigen Entstehens entscheidend. Beim betagten Damnationslegate gab es solche Unsicherheit nicht, man konnte sich somit über die gegenwärtige Nichtexistenz hinwegsetzen. Schwierigkeiten verursacht nur D. 7, 3, 1, 4. Wlassak, SZ. 33 l. c. hält die Verbindung „actio cedit" für unmöglich, vgl. aber Marcell. D. 36, 1, 28, 7 „dies actionis cedit". Die Worte „quamvis alias — —" können nur auf Obligationen bezogen werden, wo die Konsumptionswirkung der vorzeitigen Klagen unbestritten ist. Was hier Ulpian vom betagten Vermächtnis des ususfructus sagt, gilt auch von sonstigen Vermächtnissen. Zwar unterscheiden sich die letzteren von dem ersteren hinsichtlich des Eintretens des dies cedens, aber die Entscheidung Ulpians über die actio de usu fructu hängt nicht mit dem dies cedens, sondern mit dem Umstande zusammen, daß das vermachte Recht erst die veniente entstehen kann. Bei allen betagten Damnationslegaten kann vom „debere" erst die veniente gesprochen werden. Dies veniens, welcher Termin im Erbrechte nur bei betagten Vermächtnissen vorkommt, bedeutet somit immer die Entstehung des vermachten Rechtes selbst, nicht etwa bloß dessen Fälligkeit.

Was die Frage des Aufkommens der Theorie des dies cedens anbelangt, so nehme ich unter Anschluß an die Ausführungen Wlassaks, SZ. 31, 198 ff. an, daß nicht schon das Vindikationslegat der XII Tafeln diese Theorie brachte, da zu dieser Zeit die aditio hereditatis ex testamento zu den Seltenheiten gehörte. Auch die Zeit der Emanzipation des Vindikationslegates von der Erbeinsetzung konnte den dies cedens nicht mit sich bringen. Dagegen wurde seine Einführung notwendig, als das Damnationslegat anerkannt wurde und die Nunkupation des Libraltestamentes auch der heredis institutio diente. —

Kap. II u. III befaßt sich mit der Dogmatik des dies cedens bei den Vermächtnissen. Die Theorie des dies cedens wurde konsequent bei allen Vermächtnissen durchgeführt, auch dann, wo dies cedens mit dem Erwerbe des vermachten Rechtes notwendig oder regelmäßig identisch war.

Regel: Ulpian, Regul. 24, 31. Ausnahmen davon greifen bei bestimmten den Sklaven hinterlassenen Vermächtnissen ein, und zwar tritt der dies cedens erst mit der Antretung der Erbschaft ein, wenn etwas einem im Testamente gleichzeitig freigelassenen oder einem per vindicationem legierten Sklaven vermacht wird. Diese Ausnahmen macht nur die Catoniana verständlich. Mit Faber, Coniect. lib. 12 cap. 19, und Borgna, La Reg. Cat. risp. alle istituz. d' er., Cagliari 1909 nehme ich an, daß die Catoniana mit der Regel „quod initio vitiosum etc." nicht identisch ist, sondern immer ein in subjektiver und objektiver Hinsicht gültiges Legat voraussetzt und ein an sich gültig errichtetes Legat dann für ungültig erklärt, wenn es bei sofort eintretendem Tode des Testierenden unwirksam wäre. Also ist es kein Anwendungsfall der Catoniana, wenn das dem Sklaven sine libertate

gegebene Vermächtnis für ungültig erklärt wird. Es ist ungültig aus Mangel der testamenti factio des Bedachten und kann nicht als bedingtes Vermächtnis gültig errichtet werden. Unrichtig Ferrini, Legati 134, der unter Berufung auf D. 28, 5, 90 (89) das Gegenteil behauptet. Paulus geht nicht vom Standpunkte des dem eigenen Sklaven, sondern vom Standpunkte des dem Sklaven des Erben gegebenen Vermächtnisses aus, dem gültig sub condicione vermacht werden konnte (Gai. II 244). Dasselbe gilt auch von der Institution des Sklaven. „Proprio" bedeutet in beiden Fällen proprio heredis, nicht testatoris. Und da eben darauf der Nachdruck liegt, daß dem gemeinsamen Sklaven sine libertate vermacht wurde, ist es nicht nötig, mit Mühlenbruch (bei Glück 39, 209) die Worte „sine libertate" für interpoliert zu halten. — Andererseits wird die Catoniana angewendet, auch wenn dem eigenen Sklaven cum libertate vermacht ist, die libertas aber bedingt hinterlassen ist und ihre Bedingung nur nach der aditio hereditatis erfüllt werden kann, vgl. Jul. D. 30, 91, 1 und Maec. D. 35, 1, 86, 1. Die Catoniana bezieht sich somit auch auf solche Fälle, wo der dies cedens erst adita hereditate eintritt; der Ausspruch Papinians, D. 34, 7, 3 ist vielleicht nur auf bedingte Legate zu beziehen. Spätere Juristen haben in diesen Fällen das Vermächtnis von der Bedingung der libertas abhängig gemacht, cf. Callistr. D. 35, 1, 82. —

Testamenti factio wurde dem vom Erblasser nicht freigelassenen Sklaven hinsichtlich des ihm gegebenen Vermächtnisses dann zuerkannt, wenn jemandem gleichzeitig optio servi vermacht wurde, cf. D. 33, 5, 13 pr., 15, 11; 30, 99.

Steinlechner, Schweb. Erbrecht 2, 198 ist geneigt, anzunehmen, daß der dies cedens auch dann verschoben wurde, wenn der vermachte Sklave von einem Dritten bedacht wurde. Doch läßt sich das aus den Quellen nicht erweisen. Andererseits legt Steinlechner unrichtig D. 30, 68, 1 Beweiskraft gegen seine These bei. Das dem Sohn oder Sklaven gegebene Vermächtnis ist bedingt, und zwar durch den Tod des pater oder dominus und der dies cedens dieses Vermächtnisses tritt erst mit der Erfüllung dieser Bedingung ein. Man kann somit nicht Wlassak, SZ. 31, 238 A. 2 zustimmen, daß diese Stelle vielleicht mit Rücksicht auf die Beseitigung der Lex Papia interpoliert ist. Der dies cedens tritt hier nicht mit dem Tode des das Vermächtnis gebenden Erblassers ein, sondern mit dem Tode einer dritten Person, von dem das Vermächtnis als von einer Bedingung abhängt.

Der dies cedens wird auch bei Vermächtnissen von unvererblichen Rechten verschoben. Hauptfall: legatum ususfructus. Bozzoni (Studi Fadda 5, 402) hat versucht, die Ausnahme bezüglich des usus fructus in Zusammenhang zu bringen mit der von Riccobono entdeckten Natur des usus fructus im klassischen Recht. Doch erklärt die Auffassung Riccobonos nur, warum der usus fructus entsteht, cum quis iam frui potest, nicht aber, warum der dies cedens bis zum Zeitpunkte des Entstehens des vermachten Rechtes verschoben wird. Das hängt nur mit der Unvererblichkeit des usus fructus zusammen. —

Aus D. 30, 81, 9 ergibt sich, daß statuta libertas nur dann das Vermächtnis des statu liber vernichtet, wenn sie hereditatis aditione wirksam wurde und der dies cedens des Vermächtnisses zu dieser Zeit bereits eingetreten ist. Ist der statu liber pure per vindicationem vermacht, so wird das Vermächtnis hereditatis aditione vereitelt, ohne daß man die Erfüllung der condicio libertatis abwarten müßte; denn sonst könnte aus dem Vermächtnisse ein resolutiv bedingtes Eigentum entstehen. Ist aber der statu liber unter einer Bedingung vermacht, so schadet die erfolgte Antretung der Erbschaft gar nicht, solange auch der dies cedens nicht eingetreten ist. Die klassische Jurisprudenz hat deswegen in den Fällen, wo der statu liber pure vermacht war, dieses Vermächtnis von der umgekehrten Bedingung der libertas abhängig gemacht; so Gai. D. 30, 68, 2, was Julian, wie aus D. 33, 5, 9, 2 folgt, noch nicht kannte (anders ist er bei bedingter Ademption eines unbedingten Vermächtnisses vorgegangen, cf. D. 34, 4, 10 pr. Labeo scheint angenommen zu haben, daß der vermachte statu liber doch Eigentum des Legatars wird, obzwar er statu liber bleibt: D. 40, 7, 39 pr. u. 42. Unrichtig behauptet jedoch Buckland, The roman law of slavery 469 n. 7, daß der letzte Satz des fr. 39 pr. interpoliert ist. Javolen war hinsichtlich des pure vermachten statu liber derselben Ansicht wie Julian. Es ist auch nicht nötig, mit Mommsen das Wort „statu“ zu streichen). Diese Grenze ist im klassischen Rechte nie überschritten worden. Pap. D. 31, 65, 2 ist interpoliert. Es handelt sich darin um ein betagtes Vermächtnis. Buckland l. c. führt aus, daß für Papinian die Frist „post mortem Titii“, also ein dies incertus als Bedingung galt (D. 35, 1, 75), und will dadurch den Widerspruch mit D. 30, 68, 3 lösen. Aber D. 35, 1, 75 ist ganz unzuverlässig wie alle solche allgemein lautenden Sätze. Als dies incertus bezeichnen die Quellen wie den dies incertus an, so auch den dies certus an incertus quando. Der erstere gilt allgemein für eine Bedingung, cf. Paul. D. 36, 2, 21 pr.; Javol. D. 35, 1, 54 pr.; Pomp. D. 36, 2, 22 pr.; Ulp. D. 30, 30 § 3 u. 4; D. 30, 49, 2; D. 30, 32 pr. C. 6, 53, 3. Unter Umständen kann jedoch auch ein dies, der an sich incertus an ist, für certus an gelten, wenn es dem Willen des Erblassers entspricht, vgl. Javol. D. 36, 1, 48; Scaev. D. 34, 1, 18, 2; Pap. D. 36, 2, 26, 1, C. 6, 53, 5. Der häufigste Fall des dies certus an, incertus quando ist: cum morietur heres dato, cf. D. 36, 2, 13. Er gilt für eine Bedingung, vgl. Pomp. D. 35, 1, 1, 2; Pap. D. 35, 1, 79, 1; Paul. D. 31, 12, 1; Scaev. D. 36, 1, 80, 10; Pap. D. 49, 14, 48, 1, D. 31, 77, 10. Ein vom Tode eines Dritten abhängiges Vermächtnis galt den späteren ebenfalls für bedingt (D. 35, 1, 40, 2). Dagegen ein vom Tode des Legatars abhängiges Vermächtnis gilt auch bei Papinian für unbedingt, D. 35, 1, 79 pr. Vgl. auch Ulp. D. 36, 2, 4. Die Interpolation in D. 31, 65, 2 ist somit zweifellos. Zur Restitution vgl. Segrè, Riv. ital. 18, 321 n. 1.

Von Bedeutung für den dies cedens ist es, ob eine vom Testator bei der Anordnung des Vermächtnisses nicht ausgedrückte Bedingung auf das Vermächtnis bezogen werden kann. Ferrini, Leg. 358 hat ge-

zeigt, daß erst Papinian solche Fälle allgemein zur Anerkennung gebracht hat. Irrig glaubt aber Ferrini, daß zum ersten Male ein solcher Fall im Reskripte des Antoninus Pius, auf den sich Pap. D. 35, 1, 77 pr. beruft, anerkannt wurde. Ferrini zitiert nach D. 28, 7, 18 pr.: in legatum repetitam videri condicionem, doch ist die richtige Lesung „libertatem" statt „condicionem", vgl. D. 35, 1, 77 pr. und D. 40, 4, 26. Papinian verfolgt in D. 35, 1, 77 pr. einen ähnlichen Zweck, wie auch der Kaiser in seinem Reskripte: im Sinne des Gebers das Gegebene demjenigen zuzuführen, der bedacht wurde. Papinian hätte in seinem Falle auch ein anderes Mittel wählen können (excepti doli?). Gewählt hat er die von ihm bevorzugte Übertragung der Bedingung. Dies aber nur mit Rücksicht auf den Inhalt der ausgedrückten Bedingung. Es darf nicht gesagt werden, daß jede Bedingung der Institution sich auf das Prälegat bezieht.

In D. 34, 4, 10, 1 darf nicht aus dem pr. dieses Fr. geschlossen werden, daß das dem Titius gegebene Vermächtnis für bedingt gehalten werden muß. Die Translation des § 1 ist gleichzuhalten einer bedingten Novation, von der bekannt ist, daß die Bedingung der novierenden Stipulation auf die novierte nicht übertragen wird. Vom Standpunkte der Translation sind auch bei Ulpian mehrere ähnliche Fälle beurteilt, vgl. D. 34, 4, 3, 3; Jul. D. 36, 1, 26 pr.; Ulp. D. 34, 4, 3, 1 ist interpoliert (dazu vgl. Ferrini, Leg. 382 u. a.). Damit kann eine von der penus legata handelnde Stelle: Paul. D. 36, 2, 24 pr., und die dazu von Marchi, Bull. 21, 76 ff. gemachte Bemerkung verglichen werden. Marchi nimmt an, daß die Translation des ius civile die gleiche aufhebende Wirkung hat wie die Novation, ohne Rücksicht darauf, ob mit ihr auch eine ademptio legati beabsichtigt ist. Das ius honorarium hat eine tacita ademptio durch Translation bei Vindikationslegaten (D. 34, 4, 5) und bei Fideikommissen anerkannt. Die Kompilatoren haben dann ganz allgemein die aufhebende Kraft der Translation auf den animus adimendi begründet. Dem kann zugestimmt werden, doch ist man versucht, noch weiter als Marchi zu gehen. In D. 34, 4, 5 sagt Gaius: quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet. Das scheint mir unecht zu sein. Sprachlich auffallend ist der Akk. in personam statt des richtigen in persona, das die Vulg. hat (vgl. Gebauer, CJC.). Der terminus „tacita ademtio" kommt nach VJR. in den Quellen nur noch einmal vor, in D. 34, 4, 30, 2, wo es jedoch der Fragesteller verwendet und wo es sich außerdem um ein Fideikommiß handelt. Bei Gaius kommt aber „tacitus" höchst selten vor (in den Inst. nur einmal: IV 165 im Sinne von „schweigend"). Zwar steht D. 30, 65, 1, das aus demselben I. Buche de leg. wie D. 34, 4, 5 stammt, ebenfalls „tacite", doch ist es hier sicher interpoliert, cf. Grupe, SZ. 17, 313. Zu D. 30, 33 vgl. Ascoli, Arch. giur. 40, 359.

Kap. IV beschäftigt sich zuerst mit der Frage, ob die lex Papia Poppaea das ius antiquum vollständig abgeschafft hat. Die Wiederherstellung des ius antiquum haben schon die Digesten durchgeführt (c. Tanta 2 § 6 b) und nicht erst die Konstitution de caducis tollendis.

Dies ist so aufzufassen, daß nicht nur die caduca, sondern auch die Folge davon: den dies cedens ab apertis tabulis bereits die Digesten beseitigt haben. Nur sehr wenige Stellen sind dabei übersehen worden (vgl. D. 35, 1, 31, wo Lenel nach „defectam esse“ et caducam fieri liest. Das ist richtig. Auch ein bedingtes Vermächtnis, dessen Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers vereitelt wurde, wird kaduk. Und da es sich hier um condicio deficiens handelt, und nicht etwa darum, daß Stichus ante diem cedentem verstorben ist, und da auch für Pamphila die Bedingung vereitelt wurde, muß man annehmen, daß nicht nur die pars Stichi, sondern auch die pars Pamphilae kaduk wird. Es ist also mit Eisele, SZ. 18, 9 statt „remansuram“ caducam esse zu lesen (unrichtig Bachofen, Ausgew. Lehren des röm. Zivilr. 379). Die Voraussetzung der Anfrage, daß Stichus ante apertas tabulas verstorben ist, ist nicht willkürlich. Ante apertas tabulas konnte Stichus nicht frei werden, da der Erbe nicht antreten konnte. Dadurch ist der Fall sehr vereinfacht, denn es ist nicht nötig, zu erwägen, ob einer von den Bedachten so lange mit der Ehe zögerte, bis sie durch seinen Tod vereitelt wurde. Dagegen mußte die Frage aufkommen, wenn die Bedachten frei wurden. Es ist auch weiter in der Stelle davon die Rede, daß die Bedachten am Leben bleiben, und dabei wird die Frage des Willens zur Ehe aufgeworfen. De Medio, Arch. giur. 68, 206 hält zwar alles, was nach „remansuram“ dasteht, für interpoliert. Und es ist auch richtig, daß die Analogie der Stelle zwischen dem Falle des Vermächtnisses „Sticho et Pamphilae, si in matrimonium coierint“ und des Vermächtnisses „Sticho, si Seiam uxorem duxerit“ falsch ist. Aber de Medio selbst ist es aufgefallen, daß die Kompilatoren hier, ohne besonderen Anlaß in der Stelle selbst zu finden, interpoliert hätten. Es ist eben die Weiterführung des Falles „sed et si . .“ echt, aber nicht ganz, sondern nur zu den Worten „parata esset nubere“. Was weiter stand, ist nicht festzustellen, Afrikan hat wohl den zweiten Fall ähnlich wie den ersten im Sinne der Kaduzität entschieden. Bei dieser Interpretation ist es dann nicht nötig, mit Mommsen das erste „et“ in lin. 25 zu streichen). Dagegen sind wohl viele Stellen im Sinne des ius antiquum interpoliert. Fraglich ist es nur, ob man überall, wo dies cedens mit der mors testatoris verbunden wird, Interpolation annehmen soll.

Aus C. 6, 51, 1, 1 erfahren wir, daß die Tendenz der Jurisprudenz dahin ging, die Geltung der lex zu beschränken. Die lex selbst hat sich wohl bezüglich der caduca keine Beschränkung auferlegt. Sie hat die caducorum vindicatio eingeführt, und zwar 1. für den Fall der Inkapazität, 2. für den Fall der Defizienz. Diese zweite Voraussetzung war schon dem alten Rechte bekannt; die lex hat nur neue Folgen an sie geknüpft. Darin aber lag noch kein Grund, den dies cedens und die Delation auf den Zeitpunkt der tabulae apertae zu verlegen. Auch hat die lex bezüglich des dies cedens keine Bestimmung getroffen. Das ergibt sich aus C. 6, 51, 1, 1 c. Sie enthielt nur eine Bestimmung über die aditio hereditatis, welche erst apertis tabulis testa-

menti vorgenommen werden konnte. Grund dieser Bestimmung: Vermehrung der caduca in jedem konkreten Falle. Damit hängt zusammen, daß sich die sog. transmissio Theodosiana nach richtiger Auffassung nur auf diejenigen Erbteile bezieht, die vor der Eröffnung des Testamentes frei geworden sind. Die Härte der lex lag eben darin, daß die Delation vor der Eröffnung des Testamentes ausgeschlossen war, und das wollte man für bestimmte Fälle lindern. Die Verlegung der Delation auf diesen späteren Zeitpunkt hat die lex Julia vicensimaria erleichtert, nicht aber eingeführt, denn dann müßte die Delation in jedem Falle erst apertis tabulis eintreten, während wir aus D. 22, 6, 1, 4 wissen, daß dies beim heres ex asse nicht der Fall war. Die Abhängigkeit der Delation von der Testamentseröffnung ist somit keine juristische Konsequenz, sondern ein Akt der reinen Willkür des Gesetzgebers.

Nach C. 6, 51, 1, 1 c enthielten erst die zum Gesetze erlassenen Senatus consulta Bestimmungen über den dies cedens. Darin wurde der dies cedens ebenfalls von der Testamentseröffnung abhängig gemacht, dies aber nur als eine Konsequenz der Gesetzesbestimmungen (et ideo — —), also nur dort, wo auch die Delation von den tabulae apertae abhängig war. Dazu vgl. Bachofen l. c. 383 ff.

Nach der Erlassung der Ehegesetze war die Jurisprudenz vor die Aufgabe gestellt, das Verhältnis der neuen Gesetze zum alten Recht zu bestimmen. Es ist anzunehmen, daß das ius antiquum (auch von den personae exceptae abgesehen) nicht völlig verschwunden ist. So ergibt sich seine Geltung bezüglich des dies cedens in allen Fällen, wo die Delation nach altem Rechte eintrat. Diese Fälle hat bereits Bachofen l. c. konstatiert. Wieweit darin die Jurisprudenz auch in anderen Fällen vorging, ist auf Grund der heutigen Quellen schwer festzustellen. Bereits Bachofen hat darauf aufmerksam gemacht, daß die römischen Juristen auch nach Erlassung der Ehegesetze in den libri de legatis das ius antiquum interpretiert haben, während sie das neue Recht in den Kommentaren zu den Gesetzen erläuterten. Ulp. 24, 31 schließt das Nebeneinanderbestehen der beiden Rechte nicht aus (vgl. auch Wlassak, SZ. 31, 238 A 2). Paul. Sent. 3, 6, 7 wäre schwieriger zu erklären, wenn es eben nicht in den Sentenzen stünde. Mit dem ius antiquum blieb dann auch die Catoniana bestehen (cf. D. 34, 7, 5). —

Der Schlußteil dieses Kapitels befaßt sich mit der rechtlichen Stellung des Legatars die cedente.

Prag. Ot. Sommer.

Literatur.

Dr. Hans Peters, Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten. Sitz.-Ber. der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, phil. hist. Kl. 65. Bd. 1913. Heft 1.

Eine Schrift, in welcher auf gemessenem Raum ein sehr beträchtlicher Gehalt von gelehrter Arbeit und anregenden Gedanken zusammengedrängt ist, und die darum zu ernsthaftem Studium empfohlen werden muß. Sie zielt nach zwei Seiten, wie es der Titel andeutet; einerseits untersucht sie den Charakter und das Alter der sogenannten Basilikenscholien, und sucht aus ihnen Rückschlüsse auf die oströmischen Digestenkommentare zu gewinnen, auf welche ein Teil dieser Scholien zurückgeht; anderseits will sie aus den für jene Kommentare zu gewinnenden Resultaten noch weiter auf die Zeit vor der Entstehung der Digesten zu neuen Ermittelungen gelangen. So kommt sie zu einer Untersuchung über die Entstehung der Digesten. In dieser ihrer zweiten Hälfte berührt sich die Studie von Peters nahe mit einer wenig erfolgreich gewesenen Vorgängerin, der bekannten posthumen Arbeit von F. Hofmann über die Kompilation der Digesten Justinians, von der sie sich übrigens durch ihre streng quellenmäßige Methode und die Vermeidung aller bloß rationalistischen oder phraseologischen Ausführungen vorteilhaft unterscheidet. Denn darin stimmt Peters mit Hofmann überein, daß auch er die Existenz einer vorjustinianischen Sammlung von Exzerpten und Schriften der klassischen Juristen behauptet, welche für die Herstellung der Digesten die Grundlage gebildet haben soll.

Die Argumentationen, kraft deren Peters zu diesem Resultat gekommen ist, sind bereits von zwei Seiten eingehend nachgeprüft und energisch bestritten worden; einerseits von Lenel in der oben (S. 373) stehenden Miszelle „zur Entstehung der Digesten", anderseits von Rotondi in einem sehr ansprechenden Aufsatz, welcher unter dem Titel ‚sul modo di formazione delle Pandette' im September-Oktoberheft des Filangieri 1913 erschienen ist. Beide Opponenten richten ihren Angriff gegen den zweiten Teil der Petersschen Thesen, d. h. gegen die Lehre von einer vorjustinianischen Kompilation (Rotondi nennt sie hübsch das Predigesto). Es war auch von Anfang an klar, daß dieser

Teil der Schrift in unvergleichlich höherm Grade die Aufmerksamkeit auf sich ziehen würde, als die Untersuchungen über die Basilikenscholien, und daß die letzteren in Gefahr sein würden, in dem Wirbel, der über dem Predigesto entstehen mußte, spurlos zu verschwinden. Vor diesem Schicksal würde sie wohl auch die freundliche und gerechte Beurteilung nicht bewahren, welche Lenel und Rotondi ihnen zuteil werden lassen; Lenel bezeichnet sie ausdrücklich als ‚dauernden Gewinn' unserer Wissenschaft.[1]) Der Kampf gegen das Predigesto, welcher den Opponenten gewiß mit Recht als die Hauptsache erscheint, bringt es eben mit sich, daß diese beiden Schriften einen vorwiegend negativen Charakter haben und auf den Streitpunkt das Hauptgewicht legen. Da ich diesen Streit schon jetzt für im wesentlichen entschieden, d. h. das ‚Predigesto' für unbewiesen ansehe, werde ich mich im nachstehenden Referat dessen entschlagen können, bereits Gesagtes zu wiederholen und betrachte als dessen wichtigere Aufgabe die, die Untersuchung über die Reste der römischen Digestenkommentare in das gebührende Licht zu setzen.

Die Studien von Peters sind, wenn ich richtig vermute, angeregt worden durch eine Betrachtung des im Vorjahr (resp. in Separatabzügen schon 1911) veröffentlichten Papyrus PSI. 55, welcher nach Angabe seines Kommentators Vassalli ein frammento d'un indice del Digesto enthalten soll. Von hier aus ist Peters zur Untersuchung der Spuren oströmischer Digestenkommentare übergegangen, und findet solche vor allem innerhalb der Basilikenscholien. Über diese bringt er in der ersten Hälfte seiner Abhandlung wertvolle Ermittelungen.

Auf die Gesamtheit der zum Basilikentext gehörigen Scholien wendet er die Bezeichnung ‚Katene' an, welche er der theologischen Literatur entnimmt. Dort bezeichnet man als Katene eine Sammlung von Stellen aus schon vorhandenen Kommentaren zu einem der heiligen Texte, bei dem die Ausführungen der Kommentatoren, in Exzerpte zerrissen, an die Stelle des Textes angeschlossen werden, auf welche sie sich beziehen. Untereinander bilden diese Exzerpte Ketten, daher der Name; speziell von Randkatenen spricht man, wenn der Bibeltext in der Mitte der Pagina, die Katenen (in kleinerer Schrift) an den Rändern, ihn umrahmend, angebracht sind. Die Basilikenhss. zeigen meistens Randkatenen.

Auf S. 8f. wendet sich der Verf. der Aufgabe zu, die einzelnen Bestandteile der Basilikenkatene näher zu bestimmen; es ist natürlich, daß er sich dabei vielfach auf die Ermittelungen stützt, welche in Heimbachs Manuale über die Scholien enthalten sind, aber er rückt die von Heimbach festgestellten Tatsachen in ein neues Licht. Der Basilikenkatene in der Gestalt unserer Hss. liegen, nebst späteren Scholien aus dem 10. u. 11. Jahrhundert, vor allem Digestenkommentare aus dem 6. Jahrhundert zugrunde, von Theophilos, Stephanos,

[1]) Vgl. auch die Urteile von Kübler bei Pauly-Wissowa, Art. Rechtsunterricht i. f. und E. Rabel in der Wochenschrift Geisteswissenschaften 1, 182.

Literatur.

Dr. Hans Peters, Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten. Sitz.-Ber. der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, phil. hist. Kl. 65. Bd. 1913. Heft 1.

Eine Schrift, in welcher auf gemessenem Raum ein sehr beträchtlicher Gehalt von gelehrter Arbeit und anregenden Gedanken zusammengedrängt ist, und die darum zu ernsthaftem Studium empfohlen werden muß. Sie zielt nach zwei Seiten, wie es der Titel andeutet; einerseits untersucht sie den Charakter und das Alter der sogenannten Basilikenscholien, und sucht aus ihnen Rückschlüsse auf die oströmischen Digestenkommentare zu gewinnen, auf welche ein Teil dieser Scholien zurückgeht; anderseits will sie aus den für jene Kommentare zu gewinnenden Resultaten noch weiter auf die Zeit vor der Entstehung der Digesten zu neuen Ermittelungen gelangen. So kommt sie zu einer Untersuchung über die Entstehung der Digesten. In dieser ihrer zweiten Hälfte berührt sich die Studie von Peters nahe mit einer wenig erfolgreich gewesenen Vorgängerin, der bekannten posthumen Arbeit von F. Hofmann über die Kompilation der Digesten Justinians, von der sie sich übrigens durch ihre streng quellenmäßige Methode und die Vermeidung aller bloß rationalistischen oder phraseologischen Ausführungen vorteilhaft unterscheidet. Denn darin stimmt Peters mit Hofmann überein, daß auch er die Existenz einer vorjustinianischen Sammlung von Exzerpten und Schriften der klassischen Juristen behauptet, welche für die Herstellung der Digesten die Grundlage gebildet haben soll.

Die Argumentationen, kraft deren Peters zu diesem Resultat gekommen ist, sind bereits von zwei Seiten eingehend nachgeprüft und energisch bestritten worden; einerseits von Lenel in der oben (S. 373) stehenden Miszelle „zur Entstehung der Digesten", anderseits von Rotondi in einem sehr ansprechenden Aufsatz, welcher unter dem Titel ‚sul modo di formazione delle Pandette' im September-Oktoberheft des Filangieri 1913 erschienen ist. Beide Opponenten richten ihren Angriff gegen den zweiten Teil der Petersschen Thesen, d. h. gegen die Lehre von einer vorjustinianischen Kompilation (Rotondi nennt sie hübsch das Predigesto). Es war auch von Anfang an klar, daß dieser

Teil der Schrift in unvergleichlich höherm Grade die Aufmerksamkeit auf sich ziehen würde, als die Untersuchungen über die Basilikenscholien, und daß die letzteren in Gefahr sein würden, in dem Wirbel, der über dem Predigesto entstehen mußte, spurlos zu verschwinden. Vor diesem Schicksal würde sie wohl auch die freundliche und gerechte Beurteilung nicht bewahren, welche Lenel und Rotondi ihnen zuteil werden lassen; Lenel bezeichnet sie ausdrücklich als ‚dauernden Gewinn' unserer Wissenschaft.[1]) Der Kampf gegen das Predigesto, welcher den Opponenten gewiß mit Recht als die Hauptsache erscheint, bringt es eben mit sich, daß diese beiden Schriften einen vorwiegend negativen Charakter haben und auf den Streitpunkt das Hauptgewicht legen. Da ich diesen Streit schon jetzt für im wesentlichen entschieden, d. h. das ‚Predigesto' für unbewiesen ansehe, werde ich mich im nachstehenden Referat dessen entschlagen können, bereits Gesagtes zu wiederholen und betrachte als dessen wichtigere Aufgabe die, die Untersuchung über die Reste der römischen Digestenkommentare in das gebührende Licht zu setzen.

Die Studien von Peters sind, wenn ich richtig vermute, angeregt worden durch eine Betrachtung des im Vorjahr (resp. in Separatabzügen schon 1911) veröffentlichten Papyrus PSI. 55, welcher nach Angabe seines Kommentators Vassalli ein frammento d'un indice del Digesto enthalten soll. Von hier aus ist Peters zur Untersuchung der Spuren oströmischer Digestenkommentare übergegangen, und findet solche vor allem innerhalb der Basilikenscholien. Über diese bringt er in der ersten Hälfte seiner Abhandlung wertvolle Ermittelungen.

Auf die Gesamtheit der zum Basilikentext gehörigen Scholien wendet er die Bezeichnung ‚Katene' an, welche er der theologischen Literatur entnimmt. Dort bezeichnet man als Katene eine Sammlung von Stellen aus schon vorhandenen Kommentaren zu einem der heiligen Texte, bei dem die Ausführungen der Kommentatoren, in Exzerpte zerrissen, an die Stelle des Textes angeschlossen werden, auf welche sie sich beziehen. Untereinander bilden diese Exzerpte Ketten, daher der Name; speziell von Randkatenen spricht man, wenn der Bibeltext in der Mitte der Pagina, die Katenen (in kleinerer Schrift) an den Rändern, ihn umrahmend, angebracht sind. Die Basilikenhss. zeigen meistens Randkatenen.

Auf S. 8f. wendet sich der Verf. der Aufgabe zu, die einzelnen Bestandteile der Basilikenkatene näher zu bestimmen; es ist natürlich, daß er sich dabei vielfach auf die Ermittelungen stützt, welche in Heimbachs Manuale über die Scholien enthalten sind, aber er rückt die von Heimbach festgestellten Tatsachen in ein neues Licht. Der Basilikenkatene in der Gestalt unserer Hss. liegen, nebst späteren Scholien aus dem 10. u. 11. Jahrhundert, vor allem Digestenkommentare aus dem 6. Jahrhundert zugrunde, von Theophilos, Stephanos,

[1]) Vgl. auch die Urteile von Kübler bei Pauly-Wissowa, Art. Rechtsunterricht i. f. und E. Rabel in der Wochenschrift Geisteswissenschaften 1, 182.

Literatur.

Dr. Hans Peters, Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten. Sitz.-Ber. der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, phil. hist. Kl. 65. Bd. 1913. Heft 1.

Eine Schrift, in welcher auf gemessenem Raum ein sehr beträchtlicher Gehalt von gelehrter Arbeit und anregenden Gedanken zusammengedrängt ist, und die darum zu ernsthaftem Studium empfohlen werden muß. Sie zielt nach zwei Seiten, wie es der Titel andeutet; einerseits untersucht sie den Charakter und das Alter der sogenannten Basilikenscholien, und sucht aus ihnen Rückschlüsse auf die oströmischen Digestenkommentare zu gewinnen, auf welche ein Teil dieser Scholien zurückgeht; anderseits will sie aus den für jene Kommentare zu gewinnenden Resultaten noch weiter auf die Zeit vor der Entstehung der Digesten zu neuen Ermittelungen gelangen. So kommt sie zu einer Untersuchung über die Entstehung der Digesten. In dieser ihrer zweiten Hälfte berührt sich die Studie von Peters nahe mit einer wenig erfolgreich gewesenen Vorgängerin, der bekannten posthumen Arbeit von F. Hofmann über die Kompilation der Digesten Justinians, von der sie sich übrigens durch ihre streng quellenmäßige Methode und die Vermeidung aller bloß rationalistischen oder phraseologischen Ausführungen vorteilhaft unterscheidet. Denn darin stimmt Peters mit Hofmann überein, daß auch er die Existenz einer vorjustinianischen Sammlung von Exzerpten und Schriften der klassischen Juristen behauptet, welche für die Herstellung der Digesten die Grundlage gebildet haben soll.

Die Argumentationen, kraft deren Peters zu diesem Resultat gekommen ist, sind bereits von zwei Seiten eingehend nachgeprüft und energisch bestritten worden; einerseits von Lenel in der oben (S. 373) stehenden Miszelle „zur Entstehung der Digesten“, anderseits von Rotondi in einem sehr ansprechenden Aufsatz, welcher unter dem Titel ‚sul modo di formazione delle Pandette‘ im September-Oktoberheft des Filangieri 1913 erschienen ist. Beide Opponenten richten ihren Angriff gegen den zweiten Teil der Petersschen Thesen, d. h. gegen die Lehre von einer vorjustinianischen Kompilation (Rotondi nennt sie hübsch das Predigesto). Es war auch von Anfang an klar, daß dieser

Teil der Schrift in unvergleichlich höherm Grade die Aufmerksamkeit auf sich ziehen würde, als die Untersuchungen über die Basilikenscholien, und daß die letzteren in Gefahr sein würden, in dem Wirbel, der über dem Predigesto entstehen mußte, spurlos zu verschwinden. Vor diesem Schicksal würde sie wohl auch die freundliche und gerechte Beurteilung nicht bewahren, welche Lenel und Rotondi ihnen zuteil werden lassen; Lenel bezeichnet sie ausdrücklich als ‚dauernden Gewinn‘ unserer Wissenschaft.[1]) Der Kampf gegen das Predigesto, welcher den Opponenten gewiß mit Recht als die Hauptsache erscheint, bringt es eben mit sich, daß diese beiden Schriften einen vorwiegend negativen Charakter haben und auf den Streitpunkt das Hauptgewicht legen. Da ich diesen Streit schon jetzt für im wesentlichen entschieden, d. h. das ‚Predigesto‘ für unbewiesen ansehe, werde ich mich im nachstehenden Referat dessen entschlagen können, bereits Gesagtes zu wiederholen und betrachte als dessen wichtigere Aufgabe die, die Untersuchung über die Reste der römischen Digestenkommentare in das gebührende Licht zu setzen.

Die Studien von Peters sind, wenn ich richtig vermute, angeregt worden durch eine Betrachtung des im Vorjahr (resp. in Separatabzügen schon 1911) veröffentlichten Papyrus PSI. 55, welcher nach Angabe seines Kommentators Vassalli ein frammento d'un indice del Digesto enthalten soll. Von hier aus ist Peters zur Untersuchung der Spuren oströmischer Digestenkommentare übergegangen, und findet solche vor allem innerhalb der Basilikenscholien. Über diese bringt er in der ersten Hälfte seiner Abhandlung wertvolle Ermittelungen.

Auf die Gesamtheit der zum Basilikentext gehörigen Scholien wendet er die Bezeichnung ‚Katene‘ an, welche er der theologischen Literatur entnimmt. Dort bezeichnet man als Katene eine Sammlung von Stellen aus schon vorhandenen Kommentaren zu einem der heiligen Texte, bei dem die Ausführungen der Kommentatoren, in Exzerpte zerrissen, an die Stelle des Textes angeschlossen werden, auf welche sie sich beziehen. Untereinander bilden diese Exzerpte Ketten, daher der Name; speziell von Randkatenen spricht man, wenn der Bibeltext in der Mitte der Pagina, die Katenen (in kleinerer Schrift) an den Rändern, ihn umrahmend, angebracht sind. Die Basilikenhss. zeigen meistens Randkatenen.

Auf S. 8f. wendet sich der Verf. der Aufgabe zu, die einzelnen Bestandteile der Basilikenkatene näher zu bestimmen; es ist natürlich, daß er sich dabei vielfach auf die Ermittelungen stützt, welche in Heimbachs Manuale über die Scholien enthalten sind, aber er rückt die von Heimbach festgestellten Tatsachen in ein neues Licht. Der Basilikenkatene in der Gestalt unserer Hss. liegen, nebst späteren Scholien aus dem 10. u. 11. Jahrhundert, vor allem Digestenkommentare aus dem 6. Jahrhundert zugrunde, von Theophilos, Stephanos,

[1]) Vgl. auch die Urteile von Kübler bei Pauly-Wissowa, Art. Rechtsunterricht i. f. und E. Rabel in der Wochenschrift Geisteswissenschaften 1, 182.

Kyrillos, Thalelaios, Dorotheos und andern[1]), darunter einem Anonymus. Über diesen handelt Peters eingehend S. 10f., wobei ihm wieder die Untersuchungen über den Begriff der theologischen Katene zustatten kommen. Er führt den Gebrauch des Lemma Ἀνωνύμου nicht auf den ersten Sammler zurück, sondern nimmt an, die jetzt unter diesem Lemma stehenden παραγραφαί seien eigene Bemerkungen des ersten Sammlers gewesen, welche erst die späteren als ,Ἀνωνύμου' bezeichneten. Dadurch wird der Kommentar des Anonymus, den man als einen selbständigen „Digestenindex" zu bezeichnen pflegt (z. B. Krüger Rechtsquellen ², 409) zu einem bloßen Sammelkommentar, einer Digestenkatene: er enthielt den Text der Digesten in griechischer Übersetzung mit Exzerpten aus älteren Digestenkommentaren, sowie eigenen, nicht inskribierten Bemerkungen des Sammlers. Sein Verfasser ist identisch mit dem der Schrift περὶ ἐναντιοφανειῶν, vielleicht auch mit dem des Nomokanon, wie schon Zachariae annahm. Da Zachariae außerdem gezeigt hat, daß dieser letztere seine Digestenzitate dem Digestentext des Anonymus entnimmt, so muß die Katene des Anonymus vor dem Nomokanon verfaßt sein, dessen Datum von Zachariae vor 692 gesetzt wird. Ja sie muß sogar schon vor 612 entstanden sein (S. 15—16). Noch ein weiteres Alterskriterium erhielte man, wenn man Mommsens von Zachariae und Conrat angenommener Behauptung folgen wollte (praefatio ad Dig. p. LX sq.), wonach die Korrektoren der Florentina die byzantinische Digestenliteratur, speziell den Digestentext des Anonymus benutzt hätten; denn die Florentina ist, wie Kantorowicz gezeigt hat, nicht über den Beginn des 7. Jahrhunderts zurückzudatieren. In eingehender Prüfung der Mommsenschen Beweisführung weist jedoch Peters nach (S. 16f.), daß die Korrektoren der Florentina mindestens nicht bloß den Anonymustext benutzt haben können, sondern noch eine zweite mit der Vorlage der Florentina allerdings nahe verwandte Handschrift vor sich gehabt haben müssen; aus dieser können aber alle Korrekturen entnommen worden sein, so daß der von Mommsen versuchte Beweis nicht Stich hält.

Bei dieser Gelegenheit ergibt sich also das wichtige Resultat, daß „eine Einwirkung der oströmischen Digestenliteratur auf den Westen" nicht nachgewiesen werden kann (S. 21): eine solche dürfte nach P. zum erstenmal seit dem Auftreten des Cuiaz eingetreten sein. Nur für die sogenannte Distinktionenmethode des Irnerius und seiner Nachfolger, welche durch Seckels und Pescatores[2]) Forschungen über diesen Gegenstand wieder in den Vordergrund des Interesses getreten ist, möchte Peters an byzantinische Vorbilder denken (S. 22f.).

Immerhin kann die Katene des Anonymus, da dieser nach 612 noch den Nomokanon zusammengestellt hat, nur um ein Menschenalter vor 612 entstanden sein, man wird sie also zwischen 570 und 612 ansetzen können (S. 24).

---

[1]) Heimbach, Bas. 6 p. 60f. — [2]) Vgl. Pescatore, diese Zeitschr. R. A. 33, 519f.

Der Gewinn, welchen wir aus diesen Feststellungen ziehen, wird von Peters (S. 11 Mitte) nicht genügend scharf hervorgehoben, um dem Leser sofort in die Augen zu springen. Er besteht in der besseren Bewertung eines Teils der Basilikenscholien, die wir danach vollziehen müssen. Man hat diesen, da man über die Zeit ihrer Herstellung ungenügend unterrichtet war, bisher nicht die genügende Bedeutung zugeschrieben; dies muß sich ändern, nachdem wir erfahren, daß ein Teil von ihnen schon kurz nach Justinian, von einem offenbar beträchtlichen Juristen, der dem Stephanos, Dorotheos und Theophilos noch ebenso nahestand, wie wir den Häuptern der historischen Rechtsschule, aus deren Werken exzerpiert worden ist.

Der Fortgang der Untersuchung über die Gestaltung der Anonymuskatene (p. 26f.) gibt P. Anlaß, über unsere Basilikenausgaben, die kaum jemals kritisch gewertet werden, manches zu sagen.

Da, wie wir gesehen haben, die *παραγραφαί* des Anonymus einen erheblichen Wert haben, ist es wichtig, sie in jedem Fall sicher zu identifizieren und von den wirklich anonymen Scholien aus dem 10. bis 12. Jahrhundert zu unterscheiden. In den Handschriften ist das Lemma *τοῦ Ἀνωνύμου* wie man annimmt öfters weggelassen worden; in manchen Fällen hat Heimbach im Manuale, eventuell mit einem Fragezeichen, das Scholion dem Anonymus zugeschrieben, wenn er nach dem Stil der *παραγραφή* die Urheberschaft des echten Anonymus annehmen zu können glaubte. Doch ist solches natürlich unsicher und die möglichst vollständige und sichere Feststellung jener Urheberschaft anzustreben. Dafür müßte eigentlich schon die Form der Überlieferung Anhaltspunkte geben: wenn die Basilikenkatene nur eine Erweiterung der Digestenkatene des Anonymus ist, so sollte man erwarten, daß letztere noch in der äußerlichen Anordnung der ersteren erkennbar hervortritt. Unsere Basilikenausgaben lassen jedoch die handschriftliche Anordnung der Katene, welche wir für diese Feststellung ausnützen möchten, nicht genügend hervortreten. Heimbach hat den Fehler begangen, in seiner Ausgabe die äußere Anordnung der Katene zu verwischen, von welcher noch der von ihm benutzte C. Coislinianus 152 ein Bild gibt, das Peters p. 27 reproduziert. Dieses ist so: In der Mitte der Seite steht der Basilikentext in größerer Schrift; diesen hat sodann eine erste Hand mit einer Katene versehen, welche den inneren Rand freiließ, dann hat eine zweite Hand den obern und untern, sowie den innern Rand mit einer Katene ausgefüllt. Die Heimbach'sche Ausgabe hat nun die Scholien beider Kategorien durcheinandergemengt, so daß es nicht möglich ist, sich nach ihr ein Bild von der Anordnung des Ganzen zu machen. Der Ferrinischen Sammlung der Basilic. fragm. deperdita dagegen weist Peters beträchtliche Unzuverlässigkeiten nach; teils sind Stellen, die Ferrini als neu angibt, schon bei Heimbach zu finden, teils fehlen in ihr die von Zachariae in den Paralipomena ad Bas. p. 5 gesammelten. Auch eine im Besitz des Ist. di dir. Romano in Rom befindliche, von diesem an den Verf. zur Einsicht überlassene handschriftliche Palingenesie der oströmischen Digestenkommentare, die

Zachariae hinterlassen hat, ist keineswegs zulänglich, so daß zur sicheren Beurteilung eine Neuausgabe der Basiliken dringend wünschenswert erscheint.

Diesem beistimmend, dissentiere ich von Peters dort, wo er (p. 36) gegen Riccobono (mél. Fitting 2, 465 f.) bestreitet, daß die Abweichungen des Digestentextes des Anonymus von dem der Florentina auf Benutzung vorjustinianischer Rechtsschriften zurückgingen, also für den Nachweis von Interpolationen dienen können; seinerseits behauptend, diese Diskrepanzen erklärten sich aus der Benutzung eines von der Florentina teilweise abweichenden Digestenexemplars, dessen Existenz er bereits S. 20—21 mit Kantorowicz angenommen hat (vgl. oben S. 404).

Sowenig ich diese Annahme in Zweifel ziehen will, erklärt sie mir doch nicht alle Diskrepanzen zwischen Anonymustext und Florentina. In D. 19, 2, 55 hat der Text des Anonymus einen ganzen Satz mehr als die Florentina, und wenn auch Peters S. 21 Ähnliches als öfter nachweisbar bezeichnet, so ist es doch im einzelnen Fall aus bloßer Handschriftendiskrepanz oft schwerer zu erklären, als auf die von Riccobono angedeutete Weise. Wenn z. B. zu D. 19, 2, 55 (Pauli 2. sent.) der Text des Anonymus (bei Heimbach 2, 364) den in den Digesten fehlenden Zusatz hat: ‚*Ἐὰν ὁ δανειστὴς μισθώσῃ τῷ χρέωστῃ τὸ ἐνέχυρον, αὐτὸς μὲν ἔχει κατὰ τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγήν, ὁ δὲ χρεώστης οὐκ ἔχει κατὰ τοῦ μισθώσαντος ἀγωγήν*‘, so hält es schwer zu glauben, daß bei der Herstellung der Florentina dieser lange Satz einfach ausgefallen ist; betrachtet man noch, wie wenig er mit dem vorhergehenden Text innerlich zusammenhängt, eine Erscheinung, die bei Paulus' Sentenzen ja häufig ist, so ist leicht anzunehmen, daß die Kompilatoren ihn geflissentlich weggestrichen hatten. Zu D. 17, 2, 52, 2 „Socios inter se dolum et culpam praestare oportet“ hat Bas. 12, 1, 50 *ὁ κοινωνὸς ἀπὸ δόλου ἐνέχεται,* die Culpa ist nicht genannt; da sie wahrscheinlich auch bei Ulpian nicht als Haftungsgrund erschien und erst von Justinian hinzugefügt worden ist, ist es sehr leicht möglich daß hier eine ältere Handschrift benutzt worden ist. Bei D. 20, 1, 16, 4 ist der Schlußsatz nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit im Text des Anonymus (Heimb. 3, 74) nicht vorhanden; er ist aber auch aller Wahrscheinlichkeit nach interpoliert, schon um die eventuelle Verurteilung auf fructus extantes anzubringen. Es wäre doch ein merkwürdiger Zufall, wenn der vom Anonymus benutzte zweite Digestentext hier überall gerade Fehler gemacht hätte, welche mit Interpolationen so genau zusammentreffen.

Nun betrachtet Peters die einzelnen in der Katene enthaltenen Kommentare und konstatiert, gestützt auf Heimbach, daß von den drei exzerpierten Kommentatoren, welche der Zeit des Justinian angehören, Dorotheos, Kyrillos und Theophilos (denn Stephanos ist jünger) jedenfalls die beiden ersten keine eigentlichen Kommentare zu den Digesten, sondern nur kurze Inhaltsangaben geschrieben, also das bekannte Verbot die Digesten zu kommentieren vollkommen respektiert haben.

Nicht dasselbe läßt sich, was auch als bekannt gelten kann, von Theophilos sagen, und es handelt sich darum, die bei ihm stattfindende Überschreitung des Kommentarverbots zu rechtfertigen. Unter Verwerfung der landläufigen Erklärungsversuche kommt Peters dazu seine eigene Deutung dessen so zu formulieren: Theophilos hat dieses Werk vor der Abfassung der Digesten geschrieben. Der Gegenstand seiner Erläuterung aber waren vorjustinianische Digesten, d. h. eine Rechtssammlung, die etwa gegen Ende des fünften Jahrhunderts, im Zeitalter der ἥρωες wahrscheinlich an einer der großen Rechtsschulen, vielleicht Beryt, von dortigen Lehrern hergestellt gewesen wäre. Diese, in der es auch nicht an Interpolationen der klassischen Texte fehlte, sei dann auch in der Rechtsschule von Konstantinopel dem Unterricht zugrunde gelegt und schließlich auch bei der Abfassung von Justinians Digesten benutzt worden, woraus sich das rasche Zustandekommen dieser allein erkläre.

Diese Thesen werden von Peters nicht als bloße Vermutungen aufgestellt, sondern er unternimmt sogar, sie zu beweisen. An diesem Punkt setzt die Opposition von Lenel und Rotondi ein. Gehen wir auf das Einzelne ein:

a) Peters sucht darzutun, die Arbeit des Theophilos könne schon deshalb kein Kommentar zu den Digesten sein, weil Theophilos nach der Fertigstellung der Digesten nicht mehr lange genug gelebt habe, um noch einen solchen herstellen zu können[1]); er müsse nämlich noch vor der Ausarbeitung des Cod. repet. prael. (publiziert 16/11 534) gestorben sein. Für diese Datierung beruft sich Peters auf die Argumente, mit welchen Mylius und Reitz in der Reitzschen Ausgabe der Institutionenparaphrase und nach ihnen Heimbach Bas. 6, p. 12 im gleichen Sinn aufgetreten sind: α) Theophilos ist in die Kommission zur Ausarbeitung des 2. Kodex nicht mehr einberufen worden, und β) er hat in seiner Institutionenparaphrase nur den ersten, aber nicht mehr den zweiten Kodex zitiert; Konstitutionen angeführt, die zwar noch im ersten, aber nicht mehr im zweiten Kodex stehen, und die Novellen nicht gekannt.

Dieses Argument wird von Lenel für vollkommen unzulänglich erklärt; daß Th. in die Kommission für den II. Kodex nicht mehr einberufen worden ist, kann nach ihm auch daher rühren, daß er damals schwer erkrankt oder in Ungnade gefallen war, und wenn er in der Institutionenparaphrase den jüngeren Kodex nicht kennt, beweise das nur, daß diese — oder die Niederschrift des Kollegs, welche wir mit jener Bezeichnung belegen, — vor 534 entstanden ist, nicht auch den vorher erfolgten Tod ihres Verfassers. Dagegen läßt sich auch nicht viel replizieren; in den von P. angeführten Tatsachen irgendeinen Beweis für den im Jahr 534 erfolgten Tod des Theophilos zu finden, muß auch ich ablehnen. Wenn Reitz, Mylius und Heimbach von diesem gesprochen haben, so bedeutet das bei ihnen nicht mehr als eine der

[1]) Gegen diese Argumentation Rotondi p. 6 (des Sep.-Abdr.).

Zachariae hinterlassen hat, ist keineswegs zulänglich, so daß zur sicheren Beurteilung eine Neuausgabe der Basiliken dringend wünschenswert erscheint.

Diesem beistimmend, dissentiere ich von Peters dort, wo er (p. 36) gegen Riccobono (mél. Fitting 2, 465f.) bestreitet, daß die Abweichungen des Digestentextes des Anonymus von dem der Florentina auf Benutzung vorjustinianischer Rechtsschriften zurückgingen, also für den Nachweis von Interpolationen dienen können; seinerseits behauptend, diese Diskrepanzen erklärten sich aus der Benutzung eines von der Florentina teilweise abweichenden Digestenexemplars, dessen Existenz er bereits S. 20—21 mit Kantorowicz angenommen hat (vgl. oben S. 404).

Sowenig ich diese Annahme in Zweifel ziehen will, erklärt sie mir doch nicht alle Diskrepanzen zwischen Anonymustext und Florentina. In D. 19, 2, 55 hat der Text des Anonymus einen ganzen Satz mehr als die Florentina, und wenn auch Peters S. 21 Ähnliches als öfter nachweisbar bezeichnet, so ist es doch im einzelnen Fall aus bloßer Handschriftendiskrepanz oft schwerer zu erklären, als auf die von Riccobono angedeutete Weise. Wenn z. B. zu D. 19, 2, 55 (Pauli 2. sent.) der Text des Anonymus (bei Heimbach 2, 364) den in den Digesten fehlenden Zusatz hat: ‚*Ἐὰν ὁ δανειστὴς μισθώσῃ τῷ χρέωστῃ τὸ ἐνέχυρον, αὐτὸς μὲν ἔχει κατὰ τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγήν, ὁ δὲ χρεώστης οὐκ ἔχει κατὰ τοῦ μισθώσαντος ἀγωγήν*‘, so hält es schwer zu glauben, daß bei der Herstellung der Florentina dieser lange Satz einfach ausgefallen ist; betrachtet man noch, wie wenig er mit dem vorhergehenden Text innerlich zusammenhängt, eine Erscheinung, die bei Paulus' Sentenzen ja häufig ist, so ist leicht anzunehmen, daß die Kompilatoren ihn geflissentlich weggestrichen hatten. Zu D. 17, 2, 52, 2 „Socios inter se dolum et culpam praestare oportet“ hat Bas. 12, 1, 50 *ὁ κοινωνὸς ἀπὸ δόλου ἐνέχεται,* die Culpa ist nicht genannt; da sie wahrscheinlich auch bei Ulpian nicht als Haftungsgrund erschien und erst von Justinian hinzugefügt worden ist, ist es sehr leicht möglich daß hier eine ältere Handschrift benutzt worden ist. Bei D. 20, 1, 16, 4 ist der Schlußsatz nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit im Text des Anonymus (Heimb. 3, 74) nicht vorhanden; er ist aber auch aller Wahrscheinlichkeit nach interpoliert, schon um die eventuelle Verurteilung auf fructus extantes anzubringen. Es wäre doch ein merkwürdiger Zufall, wenn der vom Anonymus benutzte zweite Digestentext hier überall gerade Fehler gemacht hätte, welche mit Interpolationen so genau zusammentreffen.

Nun betrachtet Peters die einzelnen in der Katene enthaltenen Kommentare und konstatiert, gestützt auf Heimbach, daß von den drei exzerpierten Kommentatoren, welche der Zeit des Justinian angehören, Dorotheos, Kyrillos und Theophilos (denn Stephanos ist jünger) jedenfalls die beiden ersten keine eigentlichen Kommentare zu den Digesten, sondern nur kurze Inhaltsangaben geschrieben, also das bekannte Verbot die Digesten zu kommentieren vollkommen respektiert haben.

Nicht dasselbe läßt sich, was auch als bekannt gelten kann, von Theophilos sagen, und es handelt sich darum, die bei ihm stattfindende Überschreitung des Kommentarverbots zu rechtfertigen. Unter Verwerfung der landläufigen Erklärungsversuche kommt Peters dazu seine eigene Deutung dessen so zu formulieren: Theophilos hat dieses Werk vor der Abfassung der Digesten geschrieben. Der Gegenstand seiner Erläuterung aber waren vorjustinianische Digesten, d. h. eine Rechtssammlung, die etwa gegen Ende des fünften Jahrhunderts, im Zeitalter der ἥρωες wahrscheinlich an einer der großen Rechtsschulen, vielleicht Beryt, von dortigen Lehrern hergestellt gewesen wäre. Diese, in der es auch nicht an Interpolationen der klassischen Texte fehlte, sei dann auch in der Rechtsschule von Konstantinopel dem Unterricht zugrunde gelegt und schließlich auch bei der Abfassung von Justinians Digesten benutzt worden, woraus sich das rasche Zustandekommen dieser allein erkläre.

Diese Thesen werden von Peters nicht als bloße Vermutungen aufgestellt, sondern er unternimmt sogar, sie zu beweisen. An diesem Punkt setzt die Opposition von Lenel und Rotondi ein. Gehen wir auf das Einzelne ein:

a) Peters sucht darzutun, die Arbeit des Theophilos könne schon deshalb kein Kommentar zu den Digesten sein, weil Theophilos nach der Fertigstellung der Digesten nicht mehr lange genug gelebt habe, um noch einen solchen herstellen zu können[1]); er müsse nämlich noch vor der Ausarbeitung des Cod. repet. prael. (publiziert 16/11 534) gestorben sein. Für diese Datierung beruft sich Peters auf die Argumente, mit welchen Mylius und Reitz in der Reitzschen Ausgabe der Institutionenparaphrase und nach ihnen Heimbach Bas. 6, p. 12 im gleichen Sinn aufgetreten sind: α) Theophilos ist in die Kommission zur Ausarbeitung des 2. Kodex nicht mehr einberufen worden, und β) er hat in seiner Institutionenparaphrase nur den ersten, aber nicht mehr den zweiten Kodex zitiert; Konstitutionen angeführt, die zwar noch im ersten, aber nicht mehr im zweiten Kodex stehen, und die Novellen nicht gekannt.

Dieses Argument wird von Lenel für vollkommen unzulänglich erklärt; daß Th. in die Kommission für den II. Kodex nicht mehr einberufen worden ist, kann nach ihm auch daher rühren, daß er damals schwer erkrankt oder in Ungnade gefallen war, und wenn er in der Institutionenparaphrase den jüngeren Kodex nicht kennt, beweise das nur, daß diese — oder die Niederschrift des Kollegs, welche wir mit jener Bezeichnung belegen, — vor 534 entstanden ist, nicht auch den vorher erfolgten Tod ihres Verfassers. Dagegen läßt sich auch nicht viel replizieren; in den von P. angeführten Tatsachen irgendeinen Beweis für den im Jahr 534 erfolgten Tod des Theophilos zu finden, muß auch ich ablehnen. Wenn Reitz, Mylius und Heimbach von diesem gesprochen haben, so bedeutet das bei ihnen nicht mehr als eine der

[1]) Gegen diese Argumentation Rotondi p. 6 (des Sep.-Abdr.).

Vollständigkeit halber ausgesprochene Vermutung, und eine schwere Beweislast vermag diese nicht zu tragen. Man fragt freilich: warum hat Th., wenn er die Publikation des Kodex II überlebt hat, seine Paraphrase nicht revidiert? Aber auch dieser Frage entgeht Lenel durch die in vorhinein hingeworfene Andeutung, daß wir hier ein Kollegheft aus der Zeit zwischen 529 und 534 vor uns haben könnten.

b) Mehr Zugkraft hat schon ein zweites von Peters angeführtes Argument: nämlich der Hinweis auf den Umstand, daß die erhaltenen *παραγραφαί* des Th. sich nur auf diejenigen Bücher der Digesten beziehen, welche in den ersten Studienjahren zu lesen waren. Zwar ist Leneln und Rotondi zuzugeben, daß bei den großen Lücken, welche die Überlieferung der Scholien und damit auch der *παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν* überhaupt und auch in den fraglichen Büchern der Basiliken hat, und bei dem Umstand, daß wir von Theophilos nur einige dreißig *παραγραφαί* besitzen, aus jener Beschränkung der Theophilinischen *παραγραφαί* an sich nichts gefolgert werden darf; immerhin aber ist es eine auffällige Beobachtung, daß überall, wo ein Responsum von Paulus oder Papinian erläutert wird, man nicht Theophilos zitiert, sondern den Stephanos.

Trotzdem bleibt es dabei: irgendein Beweis dafür, die *παραγραφαί* des Theophilos könnten nur zu einer vorjustinianischen Kompilation geschrieben sein, ist derzeit nicht erbracht. Auch das Folgende vermag mich nicht zu überzeugen. Peters will ein Argument für seine vorjustinianische Kompilation aus dem Bericht entnehmen, den die C. Omnem § 4 bezüglich des vorjustinianischen Lehrplans enthält. Mit Lenel glaube ich nicht, daß die ‚leges' jenes Berichts auf eine umfassende Kompilation gedeutet werden müssen. Wenn es da heißt: in secundo autem anno ... prima pars legum eis tradebatur ... Post eorum vero lectionem tituli alii eis tradebantur, tam ex illa parte legum, quae de iudiciis nuncupatur — quam ex illa quae de rebus appellatur —, so bedeuten nach der gangbaren Auffassung die ‚leges' entweder das Edikt selbst oder den Inhalt der Kommentare zu diesem, welcher den Studierenden tradiert wurde; hauptsächlich wird dabei, da zunächst von den Schülern des zweiten Jahrgangs die Rede ist, der Ulpianische Ediktskommentar gemeint sein, was man von jeher, gewiß mit Recht daraus geschlossen hat, daß diese Klasse als Edictales bezeichnet wurde. Die Einteilung des Edikts in Partes und die Nomenklatur dieser mag aber durch den Schulunterricht in Gebrauch gekommen sein und beweist m. E. nicht für den Bestand einer umfassenden Sammlung; doch könnte sie auch älter sein. Auffallend ist es gewiß, daß Justinian den Namen Ulpians bei diesem Anlaß verschweigt und bloß von leges spricht, aber das erklärt sich eben daraus, daß das Edikt damals der Grundstock des allgemeinen bürgerlichen Rechts war, neben welchem die Gesetze einschließlich der Kaiserkonstitutionen wie eine ungeordnete zusammenhanglose Masse erschienen; m. E. bezeichnet man hier das Edikt als leges, wie man in alter Zeit vom ‚ius civile' gesprochen hatte, um das positive Recht

überhaupt zu bezeichnen. Unerfreulich ist ja ferner, daß die herrschende Lehre annehmen muß, Justinian habe in derselben Stelle das Wort leges in zweifachem Sinne verwendet — einmal die Schriften der Juristen bedeutend, C. omnem § 5: (leges eius sc. Papiniani), dann wieder den Rechtsstoff (Edikt) als solchen. Aber wann hätten die Konstitutionen jener Zeit eine ordentliche Diktion gehabt?

Außerdem weist Verf. darauf hin, daß das Berliner Deditizierfragment die Schlußnotiz enthält ‚de iudiciis lib. II‘. Damit sei die Pars de iudiciis bezeichnet, welche die vorjustinianische Kompilation ebensogut gehabt habe, als ihre Nachfolgerin. Aber was steht entgegen, hier an die pars de iudiciis eines Ediktskommentars zu denken, wie man schon früher getan hat?

Von großer Feinheit ist die letzte Argumentation, welche Peters für seine These anführt, nämlich die aus dem Index Florentinus (S. 71 f.) und dem Vorhandensein der sogen. Appendixmasse. Indem er annimmt, daß die Bluhmesche Massentheorie (die er, auch hier im Gegensatz zu Hofmann, vollkommen unberührt lassen will), also die Gruppierung des Stoffs nach der Sabinus-Edikts- und Papiniansmasse auch schon im Predigesto vorhanden gewesen sei, erklärt er zunächst die Appendixmasse für die Summe jener Schriften, welche im Predigesto noch fehlten, und nimmt an, daß das Werke waren, welche erst nachträglich aus der Bibliothek des Tribonian herbeigeschafft worden waren, — daß diese herangezogen wurde, bestätigt uns ja Justinian ausdrücklich. Was ferner den Index Florentinus betrifft, so ist dieser bekanntlich in doppelter Beziehung mangelhaft: einerseits fehlen in ihm Werke, aus welchen tatsächlich Exzerpte in den Digesten stehen und anderseits nennt er solche, die in den Digesten gar nicht vorkommen. Das soll sich nach P. so erklären: Die Kompilatoren haben, wie er annimmt, die alte Kompilation der Digesten zur Hand gehabt (und nur überarbeitet), daneben aber alle ihnen zugänglichen Werke der Klassiker im Original durchgesehen. Daraus nun, daß die durchgesehenen Werke alle im Index verzeichnet worden seien, auch wenn man aus ihnen nichts in die Digesten aufgenommen hatte, erklärt er die Übervollständigkeiten des Index, während umgekehrt die Lücken einfach daher rühren, daß gewisse im Predigesto noch benutzte Werke den Kompilatoren nicht mehr zugänglich waren, und man die betreffenden Exzerpte einfach aus der alten Sammlung übernahm. Die Gegenprobe auf diese Beweisführung erblickt P. darin, daß die Appendixmasse, welche wirklich erst von der Kommission eingefügt sei, im Index auch vollkommen richtig und lückenlos verzeichnet steht.

Diese Ausführung ist unleugbar sehr interessant und ich möchte auch gegen sie nicht mit Lenel einwenden, es wäre doch ein unglaublich unpraktisches Verfahren der Kompilatoren gewesen, beim Vorliegen einer früheren Sammlung die ganze Rechtsliteratur nochmals durchzusehen und also sich bei jedem Fragment vergewissern zu müssen, ob es nicht schon in der alten Sammlung an irgendeiner versteckten Stelle stehe. Denn wir wissen nicht, welche Hilfsmittel ihnen zu Gebote

standen; sie könnten ganz wohl Exemplare der alten Schriften besessen haben, in welchen die Konkordanzen mit der Sammlung nachgewiesen waren; von den Professoren, welche der Kommission angehörten, und jene Sammlung in- und auswendig kennen mußten, wäre ohnedies vorauszusetzen, daß ihnen die Identifikation jeder Stelle nicht allzuschwer gefallen wäre. Auch glaube ich nicht, daß die Fehler des Florentinischen Index sich so leicht anderweit erklären, wie Lenel meint. Daß man bei dessen Herstellung einen Bibliothekar beauftragt hätte ein Verzeichnis aller der Kommission vorgelegten Schriften anzufertigen und dann aus dem Gedächtnis festgestellt hätte, aus welchen Schriften Exzerpte aufgenommen worden waren, wäre doch ein unverzeihlich leichtsinniges Verfahren gewesen. So unbeholfen waren die Byzantiner sicher nicht, hier nicht das Auskunftsmittel zu finden, das man heute anwendet, wenn man etwa zu einer Quellenausgabe einen Wortindex anfertigen muß: man nimmt eine Hilfskraft auf, welche jedes aufzunehmende Zitat verzettelt und schließlich die Zettel ordnet. Daß das bei den „tausenden von Inskriptionen" eine besonders große Arbeit gewesen wäre, davon kann keine Rede sein. Unerklärt bliebe freilich, wie bei solchem Verfahren in den Index Fehler kommen konnten; diese zu erklären ist die von Lenel bezeichnete Methode allerdings viel geeigneter und man müßte sich bei ihr nur darüber wundern, daß nicht noch weit mehr Fehler gemacht worden sind.

Das eben Ausgeführte trifft aber auch den Erklärungsversuch von Peters. Dieser stellt sich jedenfalls vor, daß man von den in der älteren Sammlung benutzten Schriften ein gutes Verzeichnis hatte oder herstellen ließ und dann die noch dazu gelesenen wenn auch nicht wirklich ausgenutzten Schriften verzeichnete; aber auch das wäre ein Verfahren, welches nur kopflos genannt zu werden verdiente. Denn wenn man sich bei solchen Arbeiten an Eines mit Bestimmtheit zu erinnern weiß, so pflegt es das zu sein, daß man ein ganzes Werk durchgelesen hat, ohne daraus auch nur eine einzige Notiz entnehmen zu können: Gab es solche Werke, wie konnte man dann den Auftrag geben, alles ins Verzeichnis aufzunehmen? Es wäre denn, daß der Index ein Verzeichnis nicht bloß der benutzten, sondern überhaupt der revidierten Schriften darstellen soll, welche einfache Erklärung denn auch oft vorgeschlagen worden ist und auch wirklich die Superflua am besten erklären würde — aber freilich wieder bezüglich der Lücken des Index völlig versagt. So daß man zu dem Resultat gelangt, die Fehler des Index auf rationelle Weise eben überhaupt nicht erklären zu können. Darum scheint mir, daß auch dieses Indiz in keiner Weise geeignet ist, uns den Bestand eines Vordigestenwerks zu erweisen.

Peters hat m. E. überhaupt darin einen Fehler begangen, daß er etwas zu beweisen sucht, was sich nun einmal ,soviel ich derzeit sehe, einem exakten Beweis entzieht; indem er die Stärke seiner Argumente überschätzt, spricht er in der zweiten Hälfte seiner

Arbeit von der vorjustinianischen Kompilation wie von einer ausgemachten Sache (z. B. S. 66, 67, 71), obwohl doch seine Beweismittel samt und sonders nur Indizien sind. Es ist aber eine alte Erfahrung, daß es außerordentlich schwer hält, durch einen bloßen Indizienbeweis eine entgegenstehende Skepsis zu überwinden. Zumal diese sich hier auf eine mehr als tausendjährige Tradition stützt und noch durch die positiven Angaben Justinians gestärkt wird; da ist für jeden, der das Dogma bekämpfen will, die äußerste Vorsicht geboten. Ich betrachte obigen Fehler jedoch mehr nur als einen exoterischen, um nicht zu sagen als einen solchen der Darstellung; denn, und das möchte ich hervorheben, an den von Peters zusammengestellten Tatsachen haben auch seine Gegner keine Rektifikation vornehmen müssen; es ist also nur die Frage der Bewertung dieser Tatsachen, in welcher man Peters nicht folgen kann. Seine Situation wäre eine viel günstigere gewesen, wenn er sich auf hypothetische Andeutungen beschränkt hätte, welche jetzt dem Leser seiner Untersuchung sehr nahe liegen.

Er hätte nämlich auf die Möglichkeit hinweisen können, daß Exzerptensammlungen, Chrestomathien oder wie man das nun nennen mag, aus den Schriften der klassischen Juristen zum Unterrichtsgebrauch hergestellt worden, und dann auch bei der Verfassung der Digesten als Vorarbeiten benutzt worden sind. Diese Idee, welche ich bereits niedergeschrieben hatte, finde ich nunmehr auch bei Rotondi (S. 17 des SA.) ausgesprochen; äußere Zeugnisse dafür kann ich freilich nicht beibringen. Denn wenn in der Vita Severi des Zacharias Scholasticus (in einer von Ed. Schwartz hergestellten Übersetzung aus dem syrischen Original ins Griechische abgedruckt bei Peters S. 108) Severus gerühmt wird als ein ‚*Νόμους ὡς οἷόν τε ἦν μαθὼν καὶ πάσας τὰς βασιλικὰς διατάξεις — ζητήσας καὶ ἐρευνήσας, τούτων τε τὰς ἐν βραχέσι διηγήσεις ἀλλήλαις συγκρίνας καὶ καταθεὶς εἰς γράμματα*‘, so sind die *ἐν βραχέσι διηγήσεις* eben kurze Erläuterungen, nicht aber Erläuterungen zu kurzgestückelten Textfragmenten; über diesen Sinn läßt, wie Ed. Schwartz mir freundlichst mitteilt, der an dieser Stelle gerade sehr präzise Originaltext keinen Zweifel aufkommen, wie ihn auch der Übersetzer durch die Wortstellung *τὰς ἐν βραχέσι διηγ.* deutlich zum Ausdruck gebracht hat. Auch aus C. Omnem § 4 kann ich kein unzweideutiges Zeugnis bestandener Chrestomathien herleiten. Wollte man freilich in dem Satz ‚Et hos tres libros cum acutissimi Papiniani lectione tradendos posuimus, quorum volumina in tertio anno studiosi recitabant, non ex omni eorum corpore sed sparsim pauca ex multis et in hac parte accipientes‘ alles im physischen Sinn verstehen, so wäre der Beweis rasch hergestellt; aber was berechtigt dazu? Selbst in § 3 möchte ich kein bestimmtes Argument finden ‚his igitur solis a professoribus traditis Pauliana responsa per semet ipsos recitabant, neque haec in solidum, sed per imperfectum et iam quodammodo male consuetum inconsequentiae cursum‘. Wären freilich die „Chrestomatien“ anderweitig bezeugt, so könnte man nicht umhin,

hier eine Anspielung auf sie zu finden; denn wenn die Studenten die Responsen im Privatstudium lasen, aber nur auszugsweise, wer bestimmte das zu lesende Material, wenn sie nicht direkte Chrestomathien in die Hand bekamen? Doch lassen sich auch hier noch Wege finden, welche um die Chrestomathien herumführen und ich will von so unsicheren Indizien lieber absehen.

Es bleibt demnach nur die rationalistische Erwägung übrig, daß den Studierenden die Texte der „leges" doch müssen in die Hand gegeben worden sein und daß man dabei, um Verwirrung zu verhüten, nur die instruktivsten Stellen mit Ausscheidung des Überflüssigen und Veralteten zusammenstellen mochte. Solche Sammlungen wären freilich vom Peters'schen Predigesto sehr zu unterscheiden; man würde sie sich ja nicht als aus allen Juristenschriften exzerpiert denken, sondern für jeden Jahrgang beschränkt auf die daselbst zu lesenden einzelnen Klassiker, außerdem wäre das nicht notwendig eine einzige Kompilation gewesen, sondern man könnte sich vorstellen, daß jeder Lehrer eine solche für seine Schüler machte. Übrigens will ich, um nicht Geschichte zu „konstruieren", die Phantasien nicht weiter ausführen.

Hätte Peters sich auf solche Andeutungen beschränkt[1]), so wäre ja freilich der feine quellenmäßige Duktus entfallen, den seine Arbeit auch im zweiten Teil hat, und das Resultat hätte ziemlich saft- und kraftlos ausgesehen. Aber andrerseits würde es doch alles geleistet haben, was Peters von seinem Predigesto erwartet, und es wäre dabei den Einwendungen entgangen, welche gegen Peters derzeitige Fassung erhoben werden können. Jene Annahme gibt nämlich einerseits die Möglichkeit den Digestenkommentar des Theophilos in einer Weise zu deuten, welche ihn außer Widerspruch zum Kommentarverbot bez. der Digesten stellt; die Theophilos-*παραγραφαί* wären bloß den Erläuterungen entnommen, welche der Gelehrte in seinen Vorlesungen über die zum Lehrzweck zusammengestellten Fragmente gegeben hätte. Sie würde uns ferner die Schnelligkeit erklären, mit welcher die Digesten fertiggestellt worden sind; denn wenn auch von jenen Chrestomathien keine einzige auch nur annähernd den Umfang des justinianischen Rechtsbuchs gehabt hätte, sondern jede nur ein Teilwerk darstellte, das sich im Rahmen eines bestimmten Studienabschnitts gehalten haben und auch in dieser Beschränkung nicht so reichlich ausgestattet gewesen sein würde, wie die Digesten, so könnte es doch von solchen Sammlungen eine größere Zahl gegeben haben, deren Zusammenarbeitung eine große Stoffmasse ergab. Und diese Annahme entginge den Einwendungen, welche Lenel aus den Erklärungen Justinians in C. Deo auctore § 2 hergeleitet hat, wonach er eine res difficillima unternommen habe, und etwas quod nemo neque sperare neque

---

[1]) Zu meiner Freude sehe ich aus dem mir eben zugehenden Artikel von Rotondi (oben S. 402), daß auch dieser Kritiker (S. 17 des Sep. Abdrucks, das Vorhandensein von ‚compilazioni a scopo scolastico' aus der fraglichen Zeit für sehr wahrscheinlich (estremamente probabile) hält, obwohl er Mutmaßungen über Einzelheiten nicht ausspricht.

optare ausus est. Man müßte das nicht mehr mit Peters als eine bloße Übertreibung erklären, welche der devoten Feder eines byzantinischen Ministers entflossen wäre: als bloße Schmeichelei ist die Wendung zu ungeschickt; sie forderte allzusehr den Widerspruch heraus — wenn eine umfassende Kompilation wirklich existierte. Faßt man dagegen die Sachlage so, wie es eben vorgeschlagen wurde, so ist der Bericht der Kompilation mit der Wahrheit in keinem Punkt im Widerspruch: was es früher gegeben hatte, waren ja nur Teilkompilationen über bestimmte Materien, von denen keine den Rahmen eines Studienjahres überschritt und die auch umfänglich schwerlich die Vollkommenheit besaßen, welche den Digesten unzweifelhaft nachgerühmt werden muß. Nicht minder würde sich die Tatsache, daß die *παραγραφαί* des Theophilos sich niemals auf Papinians und Paulus' Responsen beziehen, erklären — wenn es damit überhaupt seine Richtigkeit haben sollte, was ja von Lenel (S. 377) als unbeweisbar bezeichnet wird. Diese Responsen wurden ja, wie wir wissen, nach dem älteren Lehrplan im 4. Studienjahr im Privatstudium gelesen; darum konnte man, wenn die *παραγραφαί* aus alten Kollegheften entnommen wurden, zu diesen Schriften keine solche finden. Gleichzeitig entfiele der Vorwurf Lenels, daß nach der Darstellung von Peters in der vorjustinianischen Kompilation Papinian gefehlt haben müßte, was unglaublich sei.[1])

Ich komme nun zu einem letzten Punkt, den vorjustinianischen Interpolationen. Peters hat solche für seine vorjustinianische Kompilation behauptet und hierin bei Lenel scharfen Widerspruch gefunden. Dieser Punkt hat zwar für die Entscheidung der schwebenden Hauptfrage keine Bedeutung, ist aber für die Entwickelungsgeschichte des spätrömischen Rechts im Ganzen von Wichtigkeit; vieles davon wird uns viel besser verständlich, wenn wir es als Resultat eines langsam fortgeschrittenen Prozesses betrachten dürfen, als wenn es bloß auf die Tätigkeit bestimmter Personen zurückgeführt wird. Ich meine dies nicht in dem mechanischen Sinn, daß ich es für unmöglich hielte, die Kompilatoren hätten in der ihnen belassenen kurzen Zeit so viele Interpolationen in die Quellen hineingebracht als tatsächlich darin stehen; sondern so, daß es nicht recht zu fassen ist, wie die Kommission aus sich allein die Fülle der neuen Gesichtspunkte geschöpft haben sollte, welche die Digesten überall aufweisen. Die neuen Klassifikationen

[1]) Beiläufig bemerkt, halte ich Lenels Vorwurf nicht für sicher begründet: denn wenn die C. Omnem § 4 besagt, in Zukunft werde Papinian den Studenten nicht bloß, wie bisher, durch Lektüre seiner Responsen im 4. Jahr bekannt werden, sondern etiam ex libris septem et triginta quaestionum et gemino volumine definitionum nec non de adulteriis et paene omni eius expositione in omni nostrorum digestorum ordinatione praefulgens, so würde ja allerdings bei einem gewählten und präzisen Verfasser dies ein arg. e contrario auf die frühere Zeit bilden; in der geschwätzigen Art unseres Patents hat es wenig Beweiskraft, weil es auch bloß darauf hinzielen kann, daß Papinian in den Digesten eine seiner Bedeutung angemessene Stellung erhalten hat, was schon durch die Anordnung der Papiniansmasse einen äußern Ausdruck gefunden hatte.

hier eine Anspielung auf sie zu finden; denn wenn die Studenten die Responsen im Privatstudium lasen, aber nur auszugsweise, wer bestimmte das zu lesende Material, wenn sie nicht direkte Chrestomathien in die Hand bekamen? Doch lassen sich auch hier noch Wege finden, welche um die Chrestomathien herumführen und ich will von so unsicheren Indizien lieber absehen.

Es bleibt demnach nur die rationalistische Erwägung übrig, daß den Studierenden die Texte der „leges“ doch müssen in die Hand gegeben worden sein und daß man dabei, um Verwirrung zu verhüten, nur die instruktivsten Stellen mit Ausscheidung des Überflüssigen und Veralteten zusammenstellen mochte. Solche Sammlungen wären freilich vom Peters'schen Predigesto sehr zu unterscheiden; man würde sie sich ja nicht als aus allen Juristenschriften exzerpiert denken, sondern für jeden Jahrgang beschränkt auf die daselbst zu lesenden einzelnen Klassiker, außerdem wäre das nicht notwendig eine einzige Kompilation gewesen, sondern man könnte sich vorstellen, daß jeder Lehrer eine solche für seine Schüler machte. Übrigens will ich, um nicht Geschichte zu „konstruieren“, die Phantasien nicht weiter ausführen.

Hätte Peters sich auf solche Andeutungen beschränkt[1]), so wäre ja freilich der feine quellenmäßige Duktus entfallen, den seine Arbeit auch im zweiten Teil hat, und das Resultat hätte ziemlich saft- und kraftlos ausgesehen. Aber andrerseits würde es doch alles geleistet haben, was Peters von seinem Predigesto erwartet, und es wäre dabei den Einwendungen entgangen, welche gegen Peters derzeitige Fassung erhoben werden können. Jene Annahme gibt nämlich einerseits die Möglichkeit den Digestenkommentar des Theophilos in einer Weise zu deuten, welche ihn außer Widerspruch zum Kommentarverbot bez. der Digesten stellt; die Theophilos-*παραγραφαί* wären bloß den Erläuterungen entnommen, welche der Gelehrte in seinen Vorlesungen über die zum Lehrzweck zusammengestellten Fragmente gegeben hätte. Sie würde uns ferner die Schnelligkeit erklären, mit welcher die Digesten fertiggestellt worden sind; denn wenn auch von jenen Chrestomathien keine einzige auch nur annähernd den Umfang des justinianischen Rechtsbuchs gehabt hätte, sondern jede nur ein Teilwerk darstellte, das sich im Rahmen eines bestimmten Studienabschnitts gehalten haben und auch in dieser Beschränkung nicht so reichlich ausgestattet gewesen sein würde, wie die Digesten, so könnte es doch von solchen Sammlungen eine größere Zahl gegeben haben, deren Zusammenarbeitung eine große Stoffmasse ergab. Und diese Annahme entginge den Einwendungen, welche Lenel aus den Erklärungen Justinians in C. Deo auctore § 2 hergeleitet hat, wonach er eine res difficillima unternommen habe, und etwas quod nemo neque sperare neque

---

[1]) Zu meiner Freude sehe ich aus dem mir eben zugehenden Artikel von Rotondi (oben S. 402), daß auch dieser Kritiker (S. 17 des Sep. Abdrucks, das Vorhandensein von ‚compilazioni a scopo scolastico‘ aus der fraglichen Zeit für sehr wahrscheinlich (estremamente probabile) hält, obwohl er Mutmaßungen über Einzelheiten nicht ausspricht.

optare ausus est. Man müßte das nicht mehr mit Peters als eine bloße Übertreibung erklären, welche der devoten Feder eines byzantinischen Ministers entflossen wäre: als bloße Schmeichelei ist die Wendung zu ungeschickt; sie forderte allzusehr den Widerspruch heraus — wenn eine umfassende Kompilation wirklich existierte. Faßt man dagegen die Sachlage so, wie es eben vorgeschlagen wurde, so ist der Bericht der Kompilation mit der Wahrheit in keinem Punkt im Widerspruch: was es früher gegeben hatte, waren ja nur Teilkompilationen über bestimmte Materien, von denen keine den Rahmen eines Studienjahres überschritt und die auch umfänglich schwerlich die Vollkommenheit besaßen, welche den Digesten unzweifelhaft nachgerühmt werden muß. Nicht minder würde sich die Tatsache, daß die παραγραφαί des Theophilos sich niemals auf Papinians und Paulus' Responsen beziehen, erklären — wenn es damit überhaupt seine Richtigkeit haben sollte, was ja von Lenel (S. 377) als unbeweisbar bezeichnet wird. Diese Responsen wurden ja, wie wir wissen, nach dem älteren Lehrplan im 4. Studienjahr im Privatstudium gelesen; darum konnte man, wenn die παραγραφαί aus alten Kollegheften entnommen wurden, zu diesen Schriften keine solche finden. Gleichzeitig entfiele der Vorwurf Lenels, daß nach der Darstellung von Peters in der vorjustinianischen Kompilation Papinian gefehlt haben müßte, was unglaublich sei.[1])

Ich komme nun zu einem letzten Punkt, den vorjustinianischen Interpolationen. Peters hat solche für seine vorjustinianische Kompilation behauptet und hierin bei Lenel scharfen Widerspruch gefunden. Dieser Punkt hat zwar für die Entscheidung der schwebenden Hauptfrage keine Bedeutung, ist aber für die Entwickelungsgeschichte des spätrömischen Rechts im Ganzen von Wichtigkeit; vieles davon wird uns viel besser verständlich, wenn wir es als Resultat eines langsam fortgeschrittenen Prozesses betrachten dürfen, als wenn es bloß auf die Tätigkeit bestimmter Personen zurückgeführt wird. Ich meine dies nicht in dem mechanischen Sinn, daß ich es für unmöglich hielte, die Kompilatoren hätten in der ihnen belassenen kurzen Zeit so viele Interpolationen in die Quellen hineingebracht als tatsächlich darin stehen; sondern so, daß es nicht recht zu fassen ist, wie die Kommission aus sich allein die Fülle der neuen Gesichtspunkte geschöpft haben sollte, welche die Digesten überall aufweisen. Die neuen Klassifikationen

[1]) Beiläufig bemerkt, halte ich Lenels Vorwurf nicht für sicher begründet: denn wenn die C. Omnem § 4 besagt, in Zukunft werde Papinian den Studenten nicht bloß, wie bisher, durch Lektüre seiner Responsen im 4. Jahr bekannt werden, sondern etiam ex libris septem et triginta quaestionum et gemino volumine definitionum nec non de adulteriis et paene omni eius expositione in omni nostrorum digestorum ordinatione praefulgens, so würde ja allerdings bei einem gewählten und präzisen Verfasser dies ein arg. e contrario auf die frühere Zeit bilden; in der geschwätzigen Art unseres Patents hat es wenig Beweiskraft, weil es auch bloß darauf hinzielen kann, daß Papinian in den Digesten eine seiner Bedeutung angemessene Stellung erhalten hat, was schon durch die Anordnung der Papiniansmasse einen äußern Ausdruck gefunden hatte.

der Forderungsrechte, der vielfache Wandel in der Auffassung von der Vererblichkeit und Konkurrenz der Ansprüche, die Umgestaltung der Verschuldensbegriffe, die Einteilung der Kondiktionen u. v. a., was die heutige Forschung erst langsam und mit Mühe eruiert, das sind Ideen, welche auch die befähigtesten Köpfe nicht so in die Welt schleudern, sondern die eine Arbeit von Generationen voraussetzen. Gerade die scholastischesten unter den Interpolationen scheinen nicht das Werk Einzelner zu sein, sondern deuten auf Schultradition hin. Daß diese bestand und in der Exegese auf den Rechtsschulen ihren Hauptsitz gehabt haben wird, damit sagt man wohl Niemandem etwas Neues. Aber die Leistung der Kompilatoren wird immerhin begreiflicher bei der Annahme, daß ihnen bereits der Stoff nach den zur Zeit herrschenden Schulanschauungen in Stücke zugeschnitten und mit den notwendigen Erläuterungen versehen [1]) vorlag. Dabei schrumpft dann allerdings die Wichtigkeit der Frage nach den vorjustinianischen Interpolationen ziemlich zusammen; ihre Grundlage war gegeben und es ist eine mehr formale Frage, ob in den Anthologien die Exzerpte der Klassiker unberührt wiedergegeben waren oder bereits in einer der veränderten Anschauung entsprechenden Gestalt. So radikale Veränderungen werden freilich nicht vorgekommen sein, wie wir sie in den Digesten finden, dazu hatte die Schule nicht die Macht und keinen Anlaß; wer wird denn die Resultate seiner eigenen Geistestätigkeit auf andere projizieren? Aber darin kann man Peters m. E. Recht geben, wenn er Interpolationen der Texte auch für diese Zeit in nicht geringem Umfang annimmt. Lenel hat zwar gerade hier große Reserve geäußert und erklärt, eine vorjustinianische Interpolation wäre eine Fälschung gewesen, deren kein ehrbaren Jurist sich schuldig gemacht hätte. Das klingt zunächst sehr überzeugend; aber ist nicht schon heute eine Reihe von Interpolationen außerhalb der justinianischen Werke so gut wie erwiesen? Ich erinnere an die Einschiebungen von sive curator (neben tutor) in den Vat. Fr., auf die Albertario aufmerksam gemacht (vgl. diese Zeitschr. 33, 637); an diesen kann m. E. gar nicht gezweifelt werden. Auch für die Institutionen des Gaius sind Interpolationen schon öfter behauptet worden; vgl. neuerdings Kniep d. Rechtsgel. Gajus 1, 144f. Und war wirklich jede Interpolation einer Fälschung gleichzustellen? Diese Auffassung liegt ja nahe, wo es sich um die Abänderung der in der älteren Quelle getroffenen Entscheidung handelte. Solche wäre schon deswegen unmöglich gewesen, weil sie vor den Gerichten jederzeit durch Vorlegung der Originalquelle vernichtet worden wäre. Aber man denke an erläuternde Zusätze (z. B. an das was Lenel als „in den Text geratene Glosseme" erklärt) und überhaupt an alles, was die Entscheidung unberührt ließ. Insbesondere in den Tatbestandsangaben der

[1]) Denn daß die Exegesen der Professoren allmälig in jene Chrestomathien aufgenommen wurden, wie später die Glossen zu den Digesten, könnte man wohl als selbstverständlich betrachten.

Rechtsfälle konnten in Chrestomathien, wie die supponierte, Interpolationen oft nicht bloß harmlos, sondern sogar notwendig sein; was hätte es z. B. für einen Zweck gehabt, die Erwähnung von Sklavenmanzipationen überall mitzuschleppen, statt sie durch die meistens genau dasselbe leistende, damals allein praktische und glaubwürdige Tradition zu ersetzen? Daß solche Korrekturen in die Texte hineingekommen sein werden, steht auch nicht im Widerspruch damit, daß man ausweislich der Sinaischolien Antiquitäten, wie die Deductio in colonias und die In iure cessio tutelae mitgeführt hat; da handelt es sich um Dinge, welche so unpraktisch waren, daß man an ihnen auch durch Interpolation nichts bessern konnte und sie darum aus historisch-scholastischem Respekt mitnahm. Doch muß Lenel zugestanden werden, daß die bisher von Peters und schon vor ihm (in anderem Zusammenhang) von Riccobono vorgebrachten Beweise vorjustinianischer Interpolationen nicht zwingend sind; insbesondere zu D. 25, 1, 3, 1 und Schol. Sin. 18 entsteht nach den Bemerkungen von Schulz, oben S. 87 und 102, neuer Zweifel. Das ‚ipso iure dos minuitur‘ der Imp. necessariae hat Schulz als unklassisch nachgewiesen; liegt nun in der Erwähnung dessen durch die Sinaischolien ein Zeugnis dafür, daß es schon vor Justinian entwickelt und in die Quellen eingefügt worden ist, oder sind die Sinaischolien selbst vom justinianischen Recht beeinflußt? Gegen das letztere spricht nicht nur, was Peters bemerkt hat, daß dort noch von den Dotalretentionen die Rede ist (vgl. auch § 21) und die dos adventicia als Besonderheit gilt (§ 24) sondern auch daß nach § 31 der Mann bei der Dotalrückstellung für dolus und culpa schlechthin haftet. Hier bleiben, glaube ich, noch ungelöste Fragen.

Ich fasse zusammen. Die Existenz einer vorjustinianischen Sammlung halte ich trotz Peters Ausführungen für unerweisbar. Trotzdem stehe ich gleich seinen bisherigen Kritikern nicht an, seiner Untersuchung einen hohen wissenschaftlichen Wert beizumessen. Dieser liegt vor allem darin, daß er einen Weg gezeigt hat, auf welchem, wenn auch nicht das von ihm angestrebte Resultat, so doch jedenfalls vielfache andere Förderung für die Erkenntnis der nachklassischen Rechtsentwicklung zu erreichen sein wird. Die Feststellung, daß die Scholien des sogenannten Anonymus auf eine Sammlung von Digestenkommentaren zurückweisen, welche ein unzweifelhaft erheblicher Rechtsgelehrter noch im ersten Jahrhundert nach Justinian geschaffen hat, erschließt uns eine neue Methode zur Herstellung des Digestentextes; die Katene des Anonymus wäre an Rang der Florentina mindestens gleichzustellen. Sehr wertvoll ist, auch nach den Arbeiten Riccobonos und Anderer noch die energische Betonung der Möglichkeit vorjustinianischer Interpolationen. Daß eine Neuausgabe der Basiliken durch die Peterssche Arbeit als dringend erwiesen wird, habe ich schon oben gesagt.

Die Darstellung ist nicht über jeden Einwand erhaben. Da der Verf. eine Zerlegung derselben in Abschnitte vermieden hat, fehlt es an der äußern Übersichtlichkeit und kommt der Leser nie zu einem Ruhe-

der Forderungsrechte, der vielfache Wandel in der Auffassung von der Vererblichkeit und Konkurrenz der Ansprüche, die Umgestaltung der Verschuldensbegriffe, die Einteilung der Kondiktionen u. v. a., was die heutige Forschung erst langsam und mit Mühe eruiert, das sind Ideen, welche auch die befähigtesten Köpfe nicht so in die Welt schleudern, sondern die eine Arbeit von Generationen voraussetzen. Gerade die scholastischesten unter den Interpolationen scheinen nicht das Werk Einzelner zu sein, sondern deuten auf Schultradition hin. Daß diese bestand und in der Exegese auf den Rechtsschulen ihren Hauptsitz gehabt haben wird, damit sagt man wohl Niemandem etwas Neues. Aber die Leistung der Kompilatoren wird immerhin begreiflicher bei der Annahme, daß ihnen bereits der Stoff nach den zur Zeit herrschenden Schulanschauungen in Stücke zugeschnitten und mit den notwendigen Erläuterungen versehen[1]) vorlag. Dabei schrumpft dann allerdings die Wichtigkeit der Frage nach den vorjustinianischen Interpolationen ziemlich zusammen; ihre Grundlage war gegeben und es ist eine mehr formale Frage, ob in den Anthologien die Exzerpte der Klassiker unberührt wiedergegeben waren oder bereits in einer der veränderten Anschauung entsprechenden Gestalt. So radikale Veränderungen werden freilich nicht vorgekommen sein, wie wir sie in den Digesten finden, dazu hatte die Schule nicht die Macht und keinen Anlaß; wer wird denn die Resultate seiner eigenen Geistestätigkeit auf andere projizieren? Aber darin kann man Peters m. E. Recht geben, wenn er Interpolationen der Texte auch für diese Zeit in nicht geringem Umfang annimmt. Lenel hat zwar gerade hier große Reserve geäußert und erklärt, eine vorjustinianische Interpolation wäre eine Fälschung gewesen, deren kein ehrbaren Jurist sich schuldig gemacht hätte. Das klingt zunächst sehr überzeugend; aber ist nicht schon heute eine Reihe von Interpolationen außerhalb der justinianischen Werke so gut wie erwiesen? Ich erinnere an die Einschiebungen von sive curator (neben tutor) in den Vat. Fr., auf die Albertario aufmerksam gemacht (vgl. diese Zeitschr. 33, 637); an diesen kann m. E. gar nicht gezweifelt werden. Auch für die Institutionen des Gaius sind Interpolationen schon öfter behauptet worden; vgl. neuerdings Kniep d. Rechtsgel. Gajus 1, 144f. Und war wirklich jede Interpolation einer Fälschung gleichzustellen? Diese Auffassung liegt ja nahe, wo es sich um die Abänderung der in der älteren Quelle getroffenen Entscheidung handelte. Solche wäre schon deswegen unmöglich gewesen, weil sie vor den Gerichten jederzeit durch Vorlegung der Originalquelle vernichtet worden wäre. Aber man denke an erläuternde Zusätze (z. B. an das was Lenel als „in den Text geratene Glosseme" erklärt) und überhaupt an alles, was die Entscheidung unberührt ließ. Insbesondere in den Tatbestandsangaben der

---

[1]) Denn daß die Exegesen der Professoren allmälig in jene Chrestomathien aufgenommen wurden, wie später die Glossen zu den Digesten, könnte man wohl als selbstverständlich betrachten.

Rechtsfälle konnten in Chrestomathien, wie die supponierte, Interpolationen oft nicht bloß harmlos, sondern sogar notwendig sein; was hätte es z. B. für einen Zweck gehabt, die Erwähnung von Sklavenmanzipationen überall mitzuschleppen, statt sie durch die meistens genau dasselbe leistende, damals allein praktische und glaubwürdige Tradition zu ersetzen? Daß solche Korrekturen in die Texte hineingekommen sein werden, steht auch nicht im Widerspruch damit, daß man ausweislich der Sinaischolien Antiquitäten, wie die Deductio in colonias und die In iure cessio tutelae mitgeführt hat; da handelt es sich um Dinge, welche so unpraktisch waren, daß man an ihnen auch durch Interpolation nichts bessern konnte und sie darum aus historisch-scholastischem Respekt mitnahm. Doch muß Lenel zugestanden werden, daß die bisher von Peters und schon vor ihm (in anderem Zusammenhang) von Riccobono vorgebrachten Beweise vorjustinianischer Interpolationen nicht zwingend sind; insbesondere zu D. 25, 1, 3, 1 und Schol. Sin. 18 entsteht nach den Bemerkungen von Schulz, oben S. 87 und 102, neuer Zweifel. Das ‚ipso iure dos minuitur' der Imp. necessariae hat Schulz als unklassisch nachgewiesen; liegt nun in der Erwähnung dessen durch die Sinaischolien ein Zeugnis dafür, daß es schon vor Justinian entwickelt und in die Quellen eingefügt worden ist, oder sind die Sinaischolien selbst vom justinianischen Recht beeinflußt? Gegen das letztere spricht nicht nur, was Peters bemerkt hat, daß dort noch von den Dotalretentionen die Rede ist (vgl. auch § 21) und die dos adventicia als Besonderheit gilt (§ 24) sondern auch daß nach § 31 der Mann bei der Dotalrückstellung für dolus und culpa schlechthin haftet. Hier bleiben, glaube ich, noch ungelöste Fragen.

Ich fasse zusammen. Die Existenz einer vorjustinianischen Sammlung halte ich trotz Peters Ausführungen für unerweisbar. Trotzdem stehe ich gleich seinen bisherigen Kritikern nicht an, seiner Untersuchung einen hohen wissenschaftlichen Wert beizumessen. Dieser liegt vor allem darin, daß er einen Weg gezeigt hat, auf welchem, wenn auch nicht das von ihm angestrebte Resultat, so doch jedenfalls vielfache andere Förderung für die Erkenntnis der nachklassischen Rechtsentwicklung zu erreichen sein wird. Die Feststellung, daß die Scholien des sogenannten Anonymus auf eine Sammlung von Digestenkommentaren zurückweisen, welche ein unzweifelhaft erheblicher Rechtsgelehrter noch im ersten Jahrhundert nach Justinian geschaffen hat, erschließt uns eine neue Methode zur Herstellung des Digestentextes; die Katene des Anonymus wäre an Rang der Florentina mindestens gleichzustellen. Sehr wertvoll ist, auch nach den Arbeiten Riccobonos und Anderer noch die energische Betonung der Möglichkeit vorjustinianischer Interpolationen. Daß eine Neuausgabe der Basiliken durch die Peterssche Arbeit als dringend erwiesen wird, habe ich schon oben gesagt.

Die Darstellung ist nicht über jeden Einwand erhaben. Da der Verf. eine Zerlegung derselben in Abschnitte vermieden hat, fehlt es an der äußern Übersichtlichkeit und kommt der Leser nie zu einem Ruhe-

punkt; auch das trägt zur Vermehrung der Schwierigkeit bei, daß der Gang der Untersuchung oft durch eingeschobene Exkurse unterbrochen wird, die als solche nicht gekennzeichnet werden. Außerdem hätte der Verf. namentlich in der ersten Hälfte der Abhandlung die gewonnenen Resultate schärfer formulieren sollen; es erfordert Anstrengung sich über dieselben klar zu werden. Davon abgesehen ist aber die Lektüre der Schrift wegen des Reichtums an anregenden Gedanken, die sie enthält, eine genußreiche; auch wo man dem Verf. nicht folgen kann, hat man doch den Eindruck, einem ebenso wohl unterrichteten als gewissenhaften Forscher gegenüber zu stehen, der immer etwas zu sagen hat, und man legt die Schrift aus der Hand, mit der Empfindung, viel Neues gelernt und vielseitige Anregung gewonnen zu haben.

Leipzig, Oktober 1913. Mitteis.

Ferdinand Kniep, Gai institutionum commentarius secundus §§ 1—96 (Sachenrecht). Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen. Jena (Fischer) 1912. VI u. 308 S.

Den beiden Arbeiten zur Gaiusfrage, die ich im 32. Bande dieser Zeitschrift (S. 390ff.) zu besprechen Gelegenheit hatte, hat der Verfasser mit eisernem Fleiß einen neuen Band folgen lassen. Angesichts meiner vorjährigen Bemerkungen kann ich mich hier ganz kurz fassen.

Die „Erklärung" ist auch in diesem Bande sehr inhaltsreich, und wenn hier kein Referat darüber erfolgt, so hat das nur in der großen Verschiedenartigkeit der Einzeluntersuchungen seinen Grund. Ich hebe insbesondere den „Erwerb durch andere" betitelten Abschnitt hervor (S. 264ff.) — aus einem Gebiete also, wo wir schon längst dem Verfasser eine wichtige Entdeckung zu verdanken haben. Überhaupt bietet die „Erklärung" einen sehr brauchbaren Kommentar zu Gai. II 1—96, und es ist zu hoffen, daß es dem Verfasser vergönnt sein werde, eine Fortsetzung der „Erklärung" zu bringen und somit zu dem ganzen Werke des Gaius einen wertvollen Kommentar zu liefern.

In der Textausgabe setzt der Verfasser seine Aussonderung der angeblich vor- und nachgajanischen Bestandteile fort und gibt auch den von ihm angenommenen s. g. Grundstock an. Gegen die Methode des Verfassers verweise ich darauf, was ich vor einem Jahre ausführte (S. 397ff.); nur ist es hier nötig, demgegenüber, was Kniep (im Vorwort) zu meinen Einwänden ausführt, die Gründe meiner abweichenden Meinung kurz zusammenzufassen.

Der Verfasser verlangt besondere Gründe für die Annahme, daß ein Satz aus den Institutionen des Gaius von Gaius stammt. Sätze, wo der Verfasser kein besonderes gajanisches Merkmal findet, werden entweder der Vorlage oder einem nachgajanischen Bearbeiter zugewiesen. Bei letzterer Verteilung begnügt sich der Verfasser im all-

gemeinen mit ganz bedeutungslosen Indizien. Von einem Beweise kann wohl an keiner Stelle die Rede sein; öfters fehlt jede Begründung.

Meiner Ansicht nach muß dagegen alles, was nicht als nichtgajanisch nachgewiesen wird, für gajanisch gehalten werden. Meine Begründung bleibt immer noch dieselbe: es fehlt eben der Beweis, daß einerseits Gaius die Vorlage großenteils nur abgeschrieben, und daß andererseits eine nachgajanische Bearbeitung stattgefunden hat.

Ich hege jedoch keinen Zweifel, daß in der Überlieferung des Gaius-Werkes nichtgajanische Bestandteile vorkommen[1]); das ist wohl eigentlich selbstverständlich. Der Gegensatz zwischen der Auffassung Knieps und der meinigen ist aber trotzdem nicht, wie Kniep p. IV meint, ein bloß quantitativer, sondern ein prinzipieller und methodischer.

Upsala, Dezember 1912. Martin Fehr.

San Nicolò, Mariano, Dr. iur., Ägyptisches Vereinswesen zur Zeit der Ptolemäer und Römer. I. Bd. München. Beck. 1913. VIII und 225 S.

Die Darstellung der Lehre von den juristischen Personen in der römischen Rechtsgeschichte, die wir Mitteis verdanken (Röm. Privatr. I § 18), hat ernüchternd, aufklärend und wie wohl kein anderes Kapitel dieses Buches beunruhigend gewirkt. Denn sie störte das sichere Festhalten an der liebgewonnenen, in Lehrbüchern und vom Katheder stets als unanfechtbar verkündeten Lehre vom Wesen der römischen Korporation, von ihrer dogmatisch klaren Unterscheidung von der Sozietät und von einer fundamentalen Verschiedenheit römischer und germanischer Rechtsauffassung über das Wesen der Gemeinschaft im weitesten Sinne. Über den Wert oder Unwert der als römischrechtlich gangbaren Begriffsbildungen von Korporation und Sozietät und deren scharfe Scheidung — alles wohl Produkte des Usus modernus, also gewiß nicht nur römische Geistesarbeit — ist es nicht in erster Linie Aufgabe des Historikers sich zu verbreiten, das besorgte die Dogmatik und Rechtspolitik des bürgerlichen Rechts in ausgiebigem Maße, nicht überall frei von Überspannung eines nicht immer reellen, sondern ab und zu wohl von vorgefaßter Einbildung beherrschten Gegensatzes zwischen angeblich germanischem und romanischem Denken. Es ist demgegenüber gewiß im Sinne aller antiken und sonstigen Rechtshistoriker, wenn San Nicolò die Lösung des Problems der juristischen Person im römischen Rechte „weder in den Theorien der Juristen der Kaiserzeit, die Justinian bei der Kodifikation zu Rechts-

[1]) Ich denke z. B. an die neuestens von Albertario, Rend. d. R. Ist. Lomb. 1912, 477ff. mit eingehender Begründung vorgelegte, sehr beachtenswerte These, wonach die Worte „aut quasi possessione" bei Gai. IV 139 Glossem sind.

sätzen erhoben hat, noch in den Interpretationen der Glossatoren, Legisten und Kanonisten, noch endlich in den dogmatischen Ausführungen der späteren Jahrhunderte" mit Hoffnung auf Erfolg zu suchen auszieht, „sondern in dem lebendigen Rechte der antiken Praxis, in der Rechtsanwendung." Denn die Dogmatisierung des römischen Rechts auf diesem Gebiete ist großenteils nachjustinianisch — womit natürlich nichts über deren Wert gesagt sein soll —, und beim Schwanken der Auffassung, die sich in den bisher bekannten antiken Quellen, soferne man in sie nichts hineininterpretieren will, geltend macht, ist Quellenmaterial aus der Praxis des Vereinswesens natürlich sehr willkommen. Aus ihm werden sich dann — vielleicht — klarere Vorstellungen über die antiken Denkformen ergeben. So ist denn auch hier die Sammlung und Sichtung des Quellenmaterials die erste Aufgabe, deren wenn auch recht mühevolle Vollendung die Inangriffnahme der zweiten, erst recht eigentlich juristischen Aufgabe, voraussetzt. Der Verf. legt im vorliegenden Bande nur die erste Aufgabe vor: man wird deshalb bei der Beurteilung seiner Arbeit nach dem Erfolge zurückhalten müssen, bis auch der zweite Teil vorliegt, der nach der Ankündigung am Umschlagblatte sich schon im Drucke befindet und enthalten soll: Terminologie; Vereinsgründung und Mitgliederaufnahme; Staat und Vereine; Privatrechtsfähigkeit; inneres Vereinsrecht; Vereinsorgane. Einiges von dem, was der Verf. aus dem gesammelten Quellenmaterial erschließen dürfte, mag man aus Beobachtungen entnehmen, die in der Einleitung zusammengestellt und sonst gelegentlich gemacht sind. Aber er hat sich hier mit Recht auf das Allernotwendigste beschränkt und uns das Unbehagen einer a priori nicht mehr als möglichen Ergebnisaufzählung vor der Quellenfundierung erspart. Diese aber ist, das verdient gleich vorausgeschickt zu werden, eine mustergültige. Sie beschränkt sich freilich selbst in mehrfacher Weise. Zunächst örtlich: es soll das Vereinswesen Ägyptens dargestellt werden; dann zeitlich: es kommen nur die ptolemäische und römische Zeit, also griechisch redende Quellen in Betracht; endlich aber auch sachlich: indem das Korporationsrecht der staatlichen, städtischen und gemeindlichen Organisationen, der ethnischen und Familienverbände, der Priester- und Beamtenkollegien, der Steuer- und Bergwerksgesellschaften (S. 7) in diesem Bande noch nicht behandelt werden. Freilich ist auch diese Aussonderung nicht exklusiv: hier muß dem Verf. ein von Willkür notwendigerweise nicht freier Spielraum natürlich gelassen sein. Ausgegesonderte Gebiete gelegentlich zu betreten, muß sich der Verf. vorbehalten, den ex professo behandelten Quellenstoff aber macht er sich zur Aufgabe, vollständig vorzulegen.

Der Referent darf zunächst an der Frage nicht vorbeigehen, ob solche Selbstbeschränkung berechtigt sei, ob nicht am Ende in ihrer Folge die Darstellung einseitig werde. Die Frage ist für alle drei genannten Richtungen der Abgrenzung nicht gleich zu beantworten. Wenn ein Kapitel aus der ägyptischen Rechtsgeschichte gesondert zur Behandlung gestellt wird, so hat das nicht nur an sich den Wert

einer historischen Spezialuntersuchung, sondern auch den der Einfügung des durch die Papyri gegebenen neuen Quellenmaterials in das bereits bekannte. Der Verf. durfte und mußte den römisch- und griechischrechtlichen Quellenbestand und seine Verwertung in der Literatur zunächst voraussetzen, wollte er nicht Getanes noch einmal tun und Zeit und Kraft vergeuden. Aber freilich, er mußte die Literatur kennen und da und dort an richtiger Stelle anknüpfen und zeigen können, wo die neuen Quellen weiterführen: daß der Verf. hierzu das nötige Rüstzeug mitbringt, zeigt schon dieser Band, wir können uns auf das Nähere und Eingehendere des zweiten nur freuen. Über die Bedeutung der Papyri für die römische und hellenistische Rechtsgeschichte braucht kein Wort mehr verloren zu werden: sie ist anerkannt.

Schwieriger ist es, die zeitliche Abgrenzung zu rechtfertigen. Darf der Forscher, wenigstens ohne Schaden für das bereits Erarbeitete, in der historischen Darstellung bis zu einem von ihm gewählten Zeitpunkte gehen und eine Bearbeitung der späteren Zeit ablehnen und anderen überlassen, so steht es doch wesentlich anders, wenn es sich um Fixierung des terminus a quo der Darstellung handelt. Wenn Vorarbeiten da sind, ist es natürlich anders: aber für die national-ägyptischen Denkmäler fehlt es großenteils an juristischer Bearbeitung. Daß der Verf. nicht aus zweiter Hand schöpfen und mit — wiederholt bestrittenen — Übersetzungen arbeiten wollte, ist begreiflich und nur löblich. Aber daß ihn seine „noch sehr geringen Kenntnisse der ägyptischen Sprache auf die Benützung der national-ägyptischen Denkmäler verzichten" ließen (S. 2), wird er und wir mit ihm bei geändertem Tatbestande hoffentlich alsbald nicht mehr beklagen. Denn wir dürfen hoffen, daß vor der Verwertung des Stoffes zu gerundeter zusammenfassender Darstellung der Verf. auch zu den demotischen Quellen hinauf und dann zu den koptischen heruntersteigen wird. Was das dann für die Bewertung der Ergebnisse zu bedeuten hat, ist auch für den philologisch nicht so weit Gedrungenen klar. Es ist insbesondere für den Rechtshistoriker von Interesse, zu fragen, ob das ausgebreitete ägyptische Vereinswesen griechischen Ursprungs ist oder und in welchem Ausmaße es nationalägyptische Grundlagen aufweist. Hier dürften die Kultvereine eine besonders starke nationale Wurzel aufweisen können: Freilich kamen sich hier Ägyptertum und Hellenismus leicht entgegen. Vgl. dazu auch die Besprechungen unseres Buches von Wiedemann, Wochschr. klass. Phil. 1913, 821 ff. Poland, Berl. phil. Wochsch. 1913, 1133f. Wie wir also die örtliche Beschränkung begründet fanden, so dürfen wir die zeitliche bald beseitigt zu sehen hoffen.

Am bedenklichsten ist mir die Ausscheidung des Rechts von Staat, Gemeinden etc. Ja, wenn wir öffentliches und privates Korporationsrecht trennen könnten! Wie wenig das der Fall ist, hat der Verf. selbst in großen klaren Strichen ausgeführt (S. 2—8). Wir wollen mit ihm nicht rechten, wo er für eigene Arbeit den Plan entwirft, aber wir wollen auch das Bedenken nicht unterdrücken, daß gerade die enge Verbindung des öffentlichrechtlichen mit dem privatrechtlichen

Element im Vereinswesen bei Ausscheidung vorwiegend publizistischer Korporationen eine gewisse Einseitigkeit der Darstellung bedingen könnte. Und wir wollen es dem Verf. anheimstellen, ob er nicht Entsagung üben und noch mehr Quellen sammeln wolle, ehe er sie verwertet. Für Staat und Gemeinde hat er ja Vorarbeiten grundlegender Natur, ebenso für Priester- und Beamtenkollegien und für die Steuergesellschaften: und für die Zusammenstellung und Ergänzung des Ganzen vom Gesichtspunkt des mit der Geschichte des ägyptischen Korporationsrechts vertrauten Bearbeiters ist der Verf. dieses ersten Bandes der gegebene Mann.

Neben der Abgrenzung des Stoffes ergaben sich auch Schwierigkeiten bei dessen Anordnung und Gliederung. Hier wiederum sieht man bereits den das ganze beherrschenden Verf. am rechten Platze. Der religiöse Anstrich, den das antike Vereinsleben durch Anlehnung an einen Kult erhält, darf nicht über die Mannigfaltigkeit der äußerlich vielleicht hinter dem Kult zurücktretenden, aber doch das ganze Vereinsleben beherrschenden Zwecke hinwegtäuschen, diese Mannigfaltigkeit läßt aber anderseits auch keine bloße Zweiteilung in Wirtschaftsgenossenschaften und Vereine für ideale Zwecke zu. Das hat der Verf. gegen seine bedeutenden Vorarbeiten auf dem Gebiete des griechischen Vereinsrechts, gegen Ziebarth und Poland, gut hervorgehoben (S. 8f.). Er scheidet vielmehr Kultvereine, solche, bei denen der Götterkult nicht bloß Aushängeschild oder doch Nebensächlichkeit neben dem oft verdeckten eigentlichen Zweck, sondern entscheidendes Element und einziger oder jedenfalls doch Hauptzweck war — daß hier manche Quelle Raum finden mußte, die nur den Gottesnamen oder einen Priester des Vereins nennt, also möglicherweise einen anderen Zweckverein betraf, ist nach dem Gesagten natürlich (S. 12) — (S. 11—29); dann Vereine von Altersgenossen, Epheben- und andere Jugendvereine *γερουσίαι*, und den Verband derer *ἀπὸ* (*ἐκ*) *τοῦ γυμνασίου* (S. 30—45); agonistische Vereine, besonders solche der Dionysischen Künstler und Athleten (S. 46—65); Berufsvereine (S. 66—206), unter denen insbesondere die Gewerbeinnungen (Zünfte) (S. 66—128) eine detaillierte und sehr fördernde Bearbeitung finden — Müller und Bäcker, Gärtner und Gemüsehändler, Weinhändler und Bierbrauer, sowie Bierverkäufer, ein *κοινὸν τῶν μελισσουργῶν* (Bienenzüchter), Zünfte von Gewürz- und Salbenhändlern, von *κεραμεῖς* (Töpfern), von Metallhandwerkern und Verkäufern der Erzeugnisse dieses Handwerks, von Zimmerleuten und Bauhandwerkern, von Arbeitern und Handwerkern in Bergwerken und in Steinbrüchen, von Fischern und allerlei Fischhändlern, von *ἐνταφιασταί* und *νεκροτάφοι* und anderen mehr priesterlichen Funktionären, die beim wichtigen Einbalsamieren und Bestatten des Leichnams beschäftigt waren, mannigfache Korporationen der Weber und Walker und anderer Gewerbetreibender der Textilbranche, der Lederer (*σκυτεῖς*; zum *ἄμφοδον ἀγορᾶς* ⟨σ⟩*κυτέων* im P. Oxy. 1037, Verf. S. 111[1] vgl. jetzt noch aus den P. Mon. die *λαύρα τῆς παρεμβολῆς καλουμένη τῶν σκετέων* (l. *σκυτέων*) in Mon. 8, 19 und ähnlich 16, 8),

Transportinnungen und andere Verbände ziehen da in buntem Wechsel an uns vorüber, dem Juristen und auch dem Wirtschaftshistoriker an genau umschriebenen Einzelheiten viel wertvolles Material für Rechts- und Wirtschaftsgeschichte bietend — dann aber auch die Handelsgilden der Kaufleute (S. 129—142), die Genossenschaften von Landwirten und Viehzüchtern (S. 143—194), unter welchen wieder die Verbände der *βασιλικοὶ γεωργοί* (S. 157 ff.) besondere Beachtung verdienen und finden, die Verbände der Angehörigen gelehrter Berufe (Ärzte, Beamten) (S. 195—197), und die (nicht sehr zahlreich belegten) Militärvereine (S. 198—206); endlich private und „sonstige" Vereine, größtenteils trotz allgemeiner Bezeichnungen oder „hochtrabender Titel" gewöhnliche Vergnügungsvereinigungen (S. 207—211).

Man sieht aus dieser knappen Inhaltsangabe, welche Fülle von Stoff verarbeitet ist; der Referent freut sich aber auch konstatieren zu können, wie der Verf. gleich beim ersten Buch, das er in die Öffentlichkeit schickt, bestrebt ist, ganze Arbeit zu tun und nicht bloß die papyrologischen Quellenbestände der großen Sammlungen, sondern auch ferner liegende Quellen heranzuziehen. So dürfen wir der Fortsetzung seiner Arbeit mit lebhaftem Danke für das bereits Geleistete vertrauensvoll entgegensehen. Daß der Verf. über der Quellensammlung nicht seine juristischen Aufgaben vergessen hat, zeigt manch feine Bemerkung, besonders aber das, was er in einem Schlußexkurse über die *ἔρανοι* (S. 212—225) ausführt, deren wirtschaftliche Bedeutung, wohl als Kreditvereine (?), die nur den Mitgliedern aus zusammengeschossenen Geldern Darlehen gewähren, in Bestätigung des *ὅρος* von Amorgos IG. XII 7, 58 aus BGU. 1133—1136 erschlossen wird.

Der entwicklungsgeschichtliche Zusammenhang (S. 223) zwischen den beiden Bedeutungen von *ἔρανος* als Darlehen einerseits und Verein anderseits ist neuestens von Brinkmann-Bondi, Altes und Neues über Sammelvermögen (1913) wieder energisch in Abrede gestellt und beide Bedeutungen sind von ihm als etwas gänzlich Verschiedenes behandelt worden (S. 1 ff.). Aber er muß selbst (S. 2 f.[2]) zugeben, daß die Berlinerurkunden „einen kräftigen Beweis" für „die gegenteilige Meinung" abgeben, da sie zweifellos von Eranosvereinen handeln, die Darlehen geben. Was aber an allgemeinen Bedenken gegen die Verwertung dieses Ergebnisses der Papyrusforschung für die griechische Rechtsgeschichte vermerkt wird, ist meines Erachtens keinesfalls geeignet, die Beweiskraft dieser Urkunden für gemeingriechische Rechtsentwicklung zu entkräften.

München. Leopold Wenger.

Element im Vereinswesen bei Ausscheidung vorwiegend publizistischer Korporationen eine gewisse Einseitigkeit der Darstellung bedingen könnte. Und wir wollen es dem Verf. anheimstellen, ob er nicht Entsagung üben und noch mehr Quellen sammeln wolle, ehe er sie verwertet. Für Staat und Gemeinde hat er ja Vorarbeiten grundlegender Natur, ebenso für Priester- und Beamtenkollegien und für die Steuergesellschaften: und für die Zusammenstellung und Ergänzung des Ganzen vom Gesichtspunkt des mit der Geschichte des ägyptischen Korporationsrechts vertrauten Bearbeiters ist der Verf. dieses ersten Bandes der gegebene Mann.

Neben der Abgrenzung des Stoffes ergaben sich auch Schwierigkeiten bei dessen Anordnung und Gliederung. Hier wiederum sieht man bereits den das ganze beherrschenden Verf. am rechten Platze. Der religiöse Anstrich, den das antike Vereinsleben durch Anlehnung an einen Kult erhält, darf nicht über die Mannigfaltigkeit der äußerlich vielleicht hinter dem Kult zurücktretenden, aber doch das ganze Vereinsleben beherrschenden Zwecke hinwegtäuschen, diese Mannigfaltigkeit läßt aber anderseits auch keine bloße Zweiteilung in Wirtschaftsgenossenschaften und Vereine für ideale Zwecke zu. Das hat der Verf. gegen seine bedeutenden Vorarbeiten auf dem Gebiete des griechischen Vereinsrechts, gegen Ziebarth und Poland, gut hervorgehoben (S. 8f.). Er scheidet vielmehr Kultvereine, solche, bei denen der Götterkult nicht bloß Aushängeschild oder doch Nebensächlichkeit neben dem oft verdeckten eigentlichen Zweck, sondern entscheidendes Element und einziger oder jedenfalls doch Hauptzweck war — daß hier manche Quelle Raum finden mußte, die nur den Gottesnamen oder einen Priester des Vereins nennt, also möglicherweise einen anderen Zweckverein betraf, ist nach dem Gesagten natürlich (S. 12) — (S. 11—29); dann Vereine von Altersgenossen, Epheben- und andere Jugendvereine *γερουσίαι*, und den Verband derer *ἀπὸ* (*ἐκ*) *τοῦ γυμνασίου* (S. 30—45); agonistische Vereine, besonders solche der Dionysischen Künstler und Athleten (S. 46—65); Berufsvereine (S. 66—206), unter denen insbesondere die Gewerbeinnungen (Zünfte) (S. 66—128) eine detaillierte und sehr fördernde Bearbeitung finden — Müller und Bäcker, Gärtner und Gemüsehändler, Weinhändler und Bierbrauer, sowie Bierverkäufer, ein *κοινὸν τῶν μελισσουργῶν* (Bienenzüchter), Zünfte von Gewürz- und Salbenhändlern, von *κεραμεῖς* (Töpfern), von Metallhandwerkern und Verkäufern der Erzeugnisse dieses Handwerks, von Zimmerleuten und Bauhandwerkern, von Arbeitern und Handwerkern in Bergwerken und in Steinbrüchen, von Fischern und allerlei Fischhändlern, von *ἐνταφιασταί* und *νεκροτάφοι* und anderen mehr priesterlichen Funktionären, die beim wichtigen Einbalsamieren und Bestatten des Leichnams beschäftigt waren, mannigfache Korporationen der Weber und Walker und anderer Gewerbetreibender der Textilbranche, der Lederer (*σκυτεῖς*; zum *ἄμφοδον ἀγορᾶς* (*σ*)*κυτέων* im P. Oxy. 1037, Verf. S. 111[1] vgl. jetzt noch aus den P. Mon. die *λαύρα τῆς παρεμβολῆς καλουμένη τῶν σκετέων* (l. *σκυτέων*) in Mon. 8, 19 und ähnlich 16, 8),

Transportinnungen und andere Verbände ziehen da in buntem Wechsel an uns vorüber, dem Juristen und auch dem Wirtschaftshistoriker an genau umschriebenen Einzelheiten viel wertvolles Material für Rechts- und Wirtschaftsgeschichte bietend — dann aber auch die Handelsgilden der Kaufleute (S. 129—142), die Genossenschaften von Landwirten und Viehzüchtern (S. 143—194), unter welchen wieder die Verbände der *βασιλικοὶ γεωργοί* (S. 157 ff.) besondere Beachtung verdienen und finden, die Verbände der Angehörigen gelehrter Berufe (Ärzte, Beamten) (S. 195—197), und die (nicht sehr zahlreich belegten) Militärvereine (S. 198—206); endlich private und „sonstige" Vereine, größtenteils trotz allgemeiner Bezeichnungen oder „hochtrabender Titel" gewöhnliche Vergnügungsvereinigungen (S. 207—211).

Man sieht aus dieser knappen Inhaltsangabe, welche Fülle von Stoff verarbeitet ist; der Referent freut sich aber auch konstatieren zu können, wie der Verf. gleich beim ersten Buch, das er in die Öffentlichkeit schickt, bestrebt ist, ganze Arbeit zu tun und nicht bloß die papyrologischen Quellenbestände der großen Sammlungen, sondern auch ferner liegende Quellen heranzuziehen. So dürfen wir der Fortsetzung seiner Arbeit mit lebhaftem Danke für das bereits Geleistete vertrauensvoll entgegensehen. Daß der Verf. über der Quellensammlung nicht seine juristischen Aufgaben vergessen hat, zeigt manch feine Bemerkung, besonders aber das, was er in einem Schlußexkurse über die *ἔρανοι* (S. 212—225) ausführt, deren wirtschaftliche Bedeutung, wohl als Kreditvereine (?), die nur den Mitgliedern aus zusammengeschossenen Geldern Darlehen gewähren, in Bestätigung des *ὅρος* von Amorgos IG. XII 7, 58 aus BGU. 1133—1136 erschlossen wird.

Der entwicklungsgeschichtliche Zusammenhang (S. 223) zwischen den beiden Bedeutungen von *ἔρανος* als Darlehen einerseits und Verein anderseits ist neuestens von Brinkmann-Bondi, Altes und Neues über Sammelvermögen (1913) wieder energisch in Abrede gestellt und beide Bedeutungen sind von ihm als etwas gänzlich Verschiedenes behandelt worden (S. 1 ff.). Aber er muß selbst (S. 2 f.[2]) zugeben, daß die Berlinerurkunden „einen kräftigen Beweis" für „die gegenteilige Meinung" abgeben, da sie zweifellos von Eranosvereinen handeln, die Darlehen geben. Was aber an allgemeinen Bedenken gegen die Verwertung dieses Ergebnisses der Papyrusforschung für die griechische Rechtsgeschichte vermerkt wird, ist meines Erachtens keinesfalls geeignet, die Beweiskraft dieser Urkunden für gemeingriechische Rechtsentwicklung zu entkräften.

München. Leopold Wenger.

Semeka, Gregor, Dr. iur., Privatdozent an der Universität München. Ptolemäisches Prozeßrecht, Studien zur ptolemäischen Gerichtsverfassung und zum Gerichtsverfahren. Heft I. München. Beck 1913. VI und 311 S.

In seinem vortrefflichen und nicht bloß für seine Zeit grundlegenden Kommentar zum Turiner Papyrus 1 hat Amadeo Peyron vor bald hundert Jahren wichtige Fragen des ptolemäischen Prozeßrechts besprochen, zu denen eben die Turiner Texte Anlaß boten (I. 1826. II. 1827). Dieser Kommentar blieb lange Zeit das Einzige, was über dieses Thema geschrieben war. Wie überall in jungen Wissenschaften blieb es auch bei Neuerörterung der Turinertexte und bei Kommentierung später hervorgekommener ptolemäischer Prozeßurkunden zunächst bei der eben genannten wissenschaftlichen Tätigkeit des Kommentators. Der nächste Schritt war der zu systematischer Bearbeitung einzelner Fragen. Dafür mußte natürlich mehr Material vorliegen. Die Magdolatexte ermöglichten zuerst diesen Schritt. Aber auch jetzt blieb es bei monographischer Behandlung von Einzelfragen, die meist in Zeitschriften oder größeren Werken kürzere oder längere Artikel und Abschnitte umspannte und nur ab und zu auch äußerlich selbständige Form wählte. Alle Einzelaufzählungen stehen jetzt bei Mitteis, Grundzüge 1.

Das war der Stand der Literatur, als der größte Teil der vorliegenden Arbeit bei der Münchener juristischen Fakultät als Habilitationsschrift eingereicht wurde. Wäre es dem Verf. möglich gewesen, seine Arbeit damals schon im Druck zu verfföentlichen, so hätte er jedenfalls den Erfolg der ersten systematischen Darstellung des ptolemäischen Prozeßrechts gehabt, wie immer auch späterhin neue Quellenfunde und korrigierende Exegese des Bestandes an Prozeßpapyri Neues und Anderes zutage gefördert hätten. Aber habent sua fata libelli: davon erzählt das Vorwort. Knapp vor Beginn der Drucklegung erschien die systematische Darstellung des Prozeßrechts der Ptolemäerzeit in Mitteis' Einführung S. 1—22, zwar eine dem Rahmen und der Anlage des Werkes entsprechende knappe, aber in dieser Knappheit und Kürze eben den Meister der rechtshistorischen Papyrusforschung verratende Darstellung. Es kamen hinzu Zuckers Beiträge zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im ptolemäischen und römischen Ägypten, sowie die Arbeiten von Gradenwitz, Preisigke, Spiegelberg und Gerhard über ptolemäisches Erbprozeßrecht. Das alles mußte der Verf. in sein druckfertiges Manuskript verarbeiten, darauf mußte er an vielen Stellen Bezug nehmen, darum mußte er manches als jetzt überflüssig geworden streichen, was er früher nicht auslassen gedurft, anderes neu einfügen: anderseits zwangen ihn formelle Gründe, das Werk alsbald zu veröffentlichen und zwar in der Gestalt, die es als Habilitationsschrift gehabt hatte. Ich hielt es für gerecht, diese Hemmungsmomente nicht unerwähnt zu lassen, will man der Arbeit des jungen Gelehrten gerecht werden, die er als Ausländer dankbar der deutschen wissenschaftlichen

Schulung eingedenk hier vorlegt. Es darf Semeka, der sich als dogmatisch gut geschulter und scharf denkender Jurist bereits vorteilhaft durch seine Studien über das Warterecht eingeführt hatte, das Zeugnis nicht vorenthalten werden, nunmehr auch auf einem so schwierigen rechtshistorischen Gebiete sich als quellen- und literaturbewandert erwiesen und selbst förderlich Neues gewirkt zu haben.

Es ist das Schicksal einer systematisch zusammenfassenden Arbeit, daß sie einerseits manches Neue nicht mit monographischer Breite behandeln, sondern in knappen Worten vorbringen, anderseits manch bereits Bekanntes der Vollständigkeit zuliebe wiederholen muß. Aber die Darstellung des ptolemäischen Prozeßrechts muß ganz besonders auch „in vielen Punkten hypothetisch gefaßt werden, weil wir über wesentliche Fragen noch unzulänglich unterrichtet sind". Diese Mitteis' Darstellung einleitende Mahnung hat sich, soweit ich sehe, auch der Verf. schon selbst erarbeitet: freilich nicht ohne daß gelegentlich einmal eine Lieblingsidee mit zu viel Liebe verfochten würde. So etwa in der Polemik gegen Schubarts Theorie von den πολιτικοὶ νόμοι die Auffassung dieser Rechtsnormen als Staats- bzw. ptolemäischer Reichsgesetze (S. 139 ff. Anm.). So verlockend es für die Juristen (vgl. auch J. Partsch, Arch. f. Papyrusforsch. V, 455 f.) war, im πολιτικὸς νόμος ein Recht der πολῖται, ein ius civile der cives zu sehen, mit anderen Worten den personenrechtlichen, nicht den territorialen Geltungsbereich des „Gesetzes" hervorzuheben, so durfte doch auch für die antike Rechtswelt das Territorialitätsprinzip nicht ganz übersehen werden. Das ist jetzt freilich leichter bemerkt, seit die Dikaiomata uns einen alexandrinischen πολιτικὸς νόμος überliefert haben, dessen Geltung für alle Bewohner der Stadt nicht wird bestritten werden können. Es steht zu erwarten, daß der Verfasser auch zu dieser Frage in einem zweiten Hefte seiner Arbeit Stellung zu nehmen nicht unterlassen wird. Über meine Auffassung der Frage und deren Bedeutung für die antike Rechtsgeschichte überhaupt habe ich mich kürzlich an anderer Stelle geäußert, vgl. Krit. Vjsch. f. Gesetzgeb. und Rechtsw. XV, 343 ff.

Der vorliegende Band gruppiert den Stoff in einer der modernen Systematik entlehnten Weise als Gerichtsverfassung und Gerichtsverfahren. Der erste Teil ist zu Ende geführt — er handelt in acht Kapiteln von der ptolemäischen Rechtsprechung im allgemeinen, vom König als Gerichtsherrn und obersten Richter, vom Beamtenrichter und seinem Konsilium, von den Kollegialgerichten, von der Sondergerichtsbarkeit, von der „Übergabefunktion" und Delegation und endlich von der Διάλυσις —, der zweite Teil (das Gerichtsverfahren) behandelt die Parteien und ihre Vertreter, die allgemeinen Prozeßgrundsätze, die Einleitung des Verfahrens und bricht mit der Darstellung der Klage ab. Quellen- und Sachindices sind schon diesem Bande beigegeben. Wenn wir uns dieser Bequemlichkeit nicht bloß freuen, sondern daraus etwa auch argwöhnen wollten, daß der zweite Band diesem ersten nicht auf dem Fuße folgen werde, so wäre es nicht unverständlich, wenn der Verf. mit seiner Weiterarbeit auf diesem schwankenden Ge-

biete etwas zuwarten wollte. Freilich — und wir dürfen beifügen, hoffentlich — wird das neue Quellenmaterial nicht zu bald erschöpft sein.

Die Grundgedanken, die nach Verf.s Ansicht den Aufbau der ptolemäischen Gerichtsverfassung erklären, sind im ersten Kapitel vorangestellt: das Prinzip der *διάλυσις*, das der „Übergabefunktion" und die Tatsache der Rivalität zwischen den autonomen Gerichten und den Beamtenrichtern. In der byzantinischen Rechtssprache bedeutet *διάλυσις* genau das, was die justinianischen Pandekten unter transactio verstehen. Vgl. Einzelbem. zu Mon. 1, 7 S. 30. Semeka betont, daß die Idee der ptolemäischen *διάλυσις* nicht im gegenseitigen Nachgeben, mochte dies auch zuweilen vorkommen, sondern darin beruhe, daß auf gütliche Veranlassung des Richters der Beklagte nachgab, also einseitig der Kläger zu seinem Rechte gelangte, *ὅπως τῶν δικαίων τύχῃ*. Diese Ausführungen (kurz S. 2, ausführlich S. 200 ff.) scheinen mir recht beachtenswert, besonders aber die durchaus plausible Zusammenstellung der auf Erstreben freiwilliger Leistung unter Vermeidung gerichtlichen Zwangs, trotzdem die Sache schon vor dem Richter stand, gerichteten *διάλυσις* mit der scheinbar fehlenden formellen Rechtskraft des Urteils (S. 5; 222). Also nicht, daß Urteile nicht hätten vollstreckt werden können, wenngleich es auch hierbei oft Schwierigkeiten geben mochte (S. 7), wohl aber daß die Parteien, „unbekümmert um Sentenzen" weiterprozessierten. Analogien aus germanischen Rechtsgebieten erleichtern uns das Zugeben dieser auf den ersten Blick demjenigen recht befremdlichen Erscheinung, der vom römischen Rechte her schon an die Wirkung der Litiskontestation gwöhnt ist. Analogien aus der deutschen Rechtsgeschichte hat der Verf. aber auch sonst noch in verdienstlicher Weise mehr als einmal herangezogen: so bei der dem Unterrichter wiederholt fehlenden Befugnis zum causam finire (S. 7f.), bei der interessanten zuerst Gradenwitz verdankten Unterscheidung der Urteilsfindung und der Urteilsfällung (S. 8, besonders aber im Kapitel über das Konsilium des Beamtenrichters S. 108 ff., wo eine Reihe wertvoller Beobachtungen stehen). Solche Parallelen haben nicht bloß den Wert von Bausteinen für die Rechtsvergleichung, sondern sie erweitern auch den Blick des der Erforschung der antiken Rechtsgeschichte noch am ehesten sich zuwendenden Fachromanisten, den, so sehr er sich auch davon freizumachen versuchen mag, doch unbewußt immer wieder die römischen Rechtsvorstellungen wie ein ius naturale beherrschen. Vgl. auch S. 257 über die Einteilung der Klagen nach ihrem Objekt. Ein anderes Beispiel hat bereits Weiß, Arch. f. Papyr. IV 341[3] in der Zusammenstellung der *διάλυσις* mit dem Verfahren „mit Minne" gebracht. Freilich ist bei solchen Zusammenstellungen größte Vorsicht geboten. Vgl. jetzt auch Weiß, D. Lit. Zeit. 1913, 2548.

Mit dem ungewöhnlichen Ausdruck „Übergabefunktion", der sich wohl kaum einbürgern dürfte, meint der Verf. die Weiterleitung einer Parteieneingabe an eine andere als die zunächst angegangene

Instanz, sei es an eine höhere oder niedere. Da finden wir freilich eine bunte Reihe von Möglichkeiten (S. 187 ff.), die sich gegen eine Klassifizierung noch recht spröde verhält. Optimistischer Semeka S. 188f. Wenn endlich der Verf. bei der Frage der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeitssphären der Gerichte auch das politische Moment der „Rivalität" stark betont, so wird er speziell damit wohl das Richtige gesehen haben. Er selbst verkennt ja nicht, hebt vielmehr klar hervor die über jede Begrenzung von woher immer erhabene Königsgerichtsbarkeit (S. 140), die auch Autonomie und autonomes Gericht nur zuläßt, soweit sie will. Das haben im Prinzip auch die Dikaiomata (vgl. S. 41) bestätigt, freilich haben sie auch gezeigt, daß Alexandrien sich einer soweit gehenden Autonomie erfreute, daß das Königsgericht höchstens als Appellationsinstanz in Frage kommt (Dikaiomata S. 168). Interessant ist dabei die S. 57 gezogene Parallele zwischen dem Wahlrecht der Partei bezüglich des Gerichts, vor das sie den Prozeß bringen wollte (vgl. S. 12[2]), und dem von Wlassak (Prozeßges. I 107f., II 309 u. ö.) m. E. zutreffend erschlossenen Wahlrecht der römischen Parteien zwischen dem Gericht der Rekuperatoren und dem des iudex unus. Dabei hätte allerdings besondere Hervorhebung die Tatsache verdient, daß im ptolemäischen Recht dem Kläger solche Optionsmöglichkeit unter Umständen (Tor. 1, col. 7, 3 ff.) zugestanden zu haben scheint, während in Rom bekanntlich der Prozeßvertrag der Parteien, nicht eine einseitige Klageanbringung des Klägers, entschied.

Ich habe nur einige allgemeinere Gesichtspunkte hervorgekehrt, da der mir zur Verfügung gestellte Raum ein Eingehen in Einzelheiten verbot.

Dies müßte aber geschehen, wollte man die Bedenken, die gegen manche prinzipielle Stellungnahme und manche Einzelausführung des Verf.s gewiß nicht bloß beim Referenten bestehen, genügend begründen. Bloß aber einen souveränen Widerspruch ohne Begründung hinzustellen, halte ich hier wie immer für ebenso einfach als anmaßend. Es kommt hinzu, daß der Verf. im zweiten Bande, der versprochen ist, gewiß noch selbst manche Revisionen vornehmen wird, und ein abschließendes Urteil über seine Arbeit dann erst möglich sein wird. Möge er sich die rüstige Fortarbeit nicht verdrießen lassen.

München. Leopold Wenger.

Krüger, Paul, Quellen und Literatur des Römischen Rechts. Zweite Auflage. Binding: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft I. 2. Duncker und Humblot. München und Leipzig 1912. X und 444 S.

Ein Werk wie dieses in zweiter Auflage anzuzeigen ist ein fast müssiges Unternehmen: aber aus einem erfreulichen Grunde. Was der Kenner der römischen Quellen, der Mitarbeiter Mommsens in einem Vierteljahrhundert selbst an Neuem erforscht, was er kritischen Auges

von anderer Arbeit übernommen, ist in dieses Werk verarbeitet. Wie die erste Auflage allen ein unentbehrliches Handbuch gewesen, die mit römischrechtlichen Quellen oder römischrechtlicher Literatur in Berührung kamen, so ist es infolge der Ergänzung auf den neuesten Stand der Forschung in erhöhtem Maße diese zweite Auflage. Sie ist wiederum Quellengeschichte oder will wenigstens nicht mehr sein, wenn auch natürlich die Erörterung der Entstehungsquellen des römischen Rechts verfassungsrechtliche Fragen mit zu erörtern veranlaßt. Jede einseitige Richtung vermeidend sind die unvergleichlichen Papyrusschätze mit verarbeitet, soweit sie das römische Recht fördern. Doch es bedarf, wie gesagt, keiner weiteren Worte, als der des Dankes der romanistischen Wissenschaft an den Verf. und der Freude, dieses Werk deutscher Rechtswissenschaft in neuem Gewande vor uns stehen zu sehen.

München. Leopold Wenger.

Filippo E. Vassalli, Miscellanea critica di diritto Romano I, Rom, Athenaeum 1913. 61 S.

Der Verfasser behandelt in diesen Studien — die Frucht von Vorlesungen über römisches Erbrecht, die er an der Universität Perugia gehalten hat — mit Hilfe der interpolationenkritischen Methode einige erbrechtliche Fragen. Die erste Abhandlung beschäftigt sich mit den Verträgen über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten. Justinian (C. 2, 3, 30) hat sie bekanntlich für nichtig erklärt. Unter den klassischen Juristen vertritt Marcian (D. 34, 9, 2, 3; 39, 5, 30) die Ansicht, daß der Verfügende in einem solchen Falle erbunwürdig werde, ein Gesichtspunkt, der anscheinend noch Papinian nicht bekannt war, da er (D. 39, 5, 29, 2, vielfach interpoliert) die Wirkungen eines solchen Geschäftes in anderer Weise zu beseitigen trachtet. Wenn in D. 18, 4, 1 Sabinus-Pomponius den Verkauf der hereditas eius qui vivit aus dem Gesichtspunkte, daß sie nicht in rerum natura sei, für nichtig erklären, so macht der Verf. (p. 15) mit guten Gründen wahrscheinlich, daß hier nicht der Verkauf einer zukünftigen Erbschaft, sondern einer Erbschaft, die der Verkäufer, sei es irrtümlich, sei es dolos als schon erworben ausgibt, ins Auge gefaßt sei. Der Gedanke, daß die Verträge über die hereditas tertii viventis als allgemeine Geschäftskategorie verboten und nichtig seien, ist erst byzantinisch oder doch nachklassisch.[1]) Dazu stimmt auch, daß die Maxime, daß nicht nur die unmittelbare Verfügung über die 'vivi hereditas', sondern überhaupt jede Bezugnahme auf sie zu verwerfen sei, ebenso wie das Wort selbst wahrscheinlich auf das Konto der Byzantiner zu setzen ist. Wo dieser Gedanke in den klassischen Quellen auftaucht (D. 28, 6, 2, 2; 36, 1, 28, 4;

---

[1]) Vgl. auch C. J. 2, 3, 30, 4: quod (das Verbot solcher Verträge) etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum.

37, 6, 1, 21 u. a. m.), ist er interpoliert. Dies wird in der zweiten Abhandlung in hübscher und m. E. überzeugender Weise dargetan.

Die dritte und letzte Studie beschäftigt sich mit einer Frage des Erbschaftskaufes. Die Klassiker haben das Bestehen einer Erbschaft als Gültigkeitsvoraussetzung des Kaufs betrachtet (Dig. 18, 4, 1; 7; 13, die beiden letzten Stellen, wie Verf. nachweist, stark interpoliert), und dann, wenn die fragliche Erbschaft nicht dem Verkäufer gehörte, die actio empti gegeben (D. eod. 8, wo die nachfolgende Unterscheidung 'si hereditas ad venditorem non pertinet — si nulla est' kompilatorisch ist). Daneben wird aber in einigen Stellen (D. eod. 11 vgl. auch fr. 10, D. 17, 2, 3, 2) ein Erbschaftskauf mit der Formel 'si qua sit hereditas, est tibi empta' unter dem Gesichtspunkte eines Hoffnungskaufs zugelassen. Die Pandektendoktrin hat daraus auf die Zulässigkeit eines Kaufs der hereditas tertii viventis geschlossen, wenn die Person des Erblassers unbestimmt gelassen sei. Der Verf. weist dem gegenüber nach, daß dieser Tatbestand byzantinisch ist. Im Sinne der Kompilation habe er sich jedoch nicht auf eine zukünftige, sondern auf eine bereits eröffnete Erbfolge bezogen, deren Delation an den Verkäufer aber noch ungewiß sei. Dies folgt aus fr. 12 eod., das mit der Möglichkeit eines Irrtums des Verkäufers, ob ihm die Erbschaft gehöre, rechne. Die Kompilatoren haben auf diese Weise einen gewissen Ersatz für die nicht mehr existierende in iure cessio hereditatis geschaffen, indem sie die Veräußerung der deferierten, aber noch nicht erworbenen Erbschaft den Grundsätzen des Kaufs unterstellten.

Die zahlreichen Interpolationen, die der Verf. behauptet, werden stets auch dogmatisch begründet und gewinnen dadurch an Überzeugungskraft. Wenn ich für die Fortsetzung dieser Studien, der man mit lebhaftem Interesse entgegensehen darf, einen Wunsch aussprechen dürfte, so wäre es der, daß diese dogmatischen Zusammenhänge auch äußerlich in der Darstellung mehr hervortreten. Sie würde nur gewinnen, wenn sie sich nicht als eine fortlaufende Exegese einzelner Stellen läse.

Filippo E. Vassalli, Di talune clausole con riferimento al 'dies mortis' nel legato e nella stipulazione. Floreuz, tipografia Galileiana 1910. 86 S.

Die Schrift enthält eine vortreffliche, wenngleich vielleicht etwas zu breit angelegte Untersuchung der obligatio post mortem und der Ursachen, die zur Statuierung ihrer Nichtigkeit im klassischen Recht geführt haben. Positiv bezeugt ist diese für die Stipulation auf dare post mortem (meam, tuam), beziehungsweise pridie quam moriar, morieris — daß die Stipulation auf facere nicht erwähnt wird, will der Verf. (p. 14f.) aus der Unvererblichkeit dieser Obligation nach klassischem Recht erklären — ferner für das Legat post mortem heredis, für das Mandat, sowie für die testamentarische Freilassung post

mortem heredis. Ob das Verbot nur für die eben angeführten Fälle, oder darüber hinaus für jedes Versprechen post mortem galt, wofür die Ausdrucksweise Justinians (C. 4, 11, 1 pr., 8, 37, 11) zu sprechen scheint, zu dieser Frage äußert sich der Verf. nicht.

Die Nichtigkeit der stipulatio post mortem schloß bekanntlich nicht jede Wirkung aus. Von Gaius (III 117, 119, 176) erfahren wir, daß bei der stipulatio post mortem giltigerweise auf der Gläubigerseite ein adstipulator, auf der Schuldnerseite ein sponsor oder fidepromissor auftreten konnte, daß sie als Novationsversprechen die alte Obligation zum Erlöschen brachte. Mit diesen Entscheidungen beschäftigt sich der Verf. eingehend im zweiten Abschnitt seiner Untersuchung. Hier sei nur Folgendes hervorgehoben. Wenn Gaius 3, 119 bei der stipulatio post mortem sponsio und fidepromissio zuläßt, so ist mit dem Verf. zur Begründung dieser Entscheidung gewiß nicht an eine Naturalobligation zu denken. Sie ist ja auch bei der sine auctoritate tutoris eingegangenen Verpflichtung des pupillus, die Gaius weiterhin anführt, erst Kompilatorenwerk (vgl. den posthumen Artikel Alibrandis im Bull. 24, 170f.). Allein damit ist die Stelle noch nicht erklärt. Ich halte es nicht für unmöglich, die Wirksamkeit der Bürgschaft, obwohl der Schuldner 'non fuerit obligatus', auf die dem Bürgenversprechen — wenn Mitteis' Hypothese von der Herkunft der Stipulation richtig sein sollte — ursprünglich mangelnde Akzessorietät zurückzuführen, eine Eigenschaft, die sich bei der älteren sponsio und fidepromissio — allerdings nur rudimentär — noch erhalten hätte, während sie der jüngeren fideiussio von Anfang an fremd war. Entgegen dem Verf. (p. 35f.), scheint mir der Bericht des Gaius schon seinem Wortlaute nach nur auf die sponsio und fidepromissio, nicht aber auf die fideiussio bezogen werden zu können.

Die wichtigste Frage ist die nach dem Rechtsgrunde des Verbots. Die Klassiker führen es auf den Satz 'ab heredis persona non posse incipere obligationem' zurück, den der Verf. (p. 69) ebenso wie zuletzt Mitteis (röm. Privatr. 191) als eine Konsequenz der Universalsukzession erklärt. Der Erbe sukzediert in die in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten, aber auch nur in diese. Eine erst den Erben treffende Verbindlichkeit zu begründen, ist zulässig durch Verfügung von Todes wegen, nicht aber durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Diese Erwägung trifft zunächst die Stipulation heredi meo (heredem meum) daturum. Für die stipulatio post mortem kommt in erster Linie ein formaler Grund in Betracht: der Mangel der Bezeichnung des Gläubigers oder Schuldners, welche die Form 'mihi dare spondes' verlange. Das ist möglich, wenngleich nicht bezeugt, und ich möchte daher die Formulierung Perozzis (Istit. 2, 177[2]), daß die Stipulation 'mihi dare spondes' 'diventa, se fatta post mortem, stipulazione della forma: heredem meum (heredi meo) daturum e perciò nulla per la forma e inelegante in quanto vi è detto che l'obbligazione comincia dall' erede', für vorsichtiger und darum auch für richtiger halten. Im übrigen haben die Klassiker selbst das Verbot der obligatio post

mortem als nicht mehr zeitgemäß empfunden. Das beweisen die für zulässig erklärten Formeln cum moriar (heres meus morietur). Als ein Versuch, um das Versprechen post mortem herumzukommen, ist wohl auch, wie der Verf. (p. 67) ansprechend ausführt, die Formel pridie quam moriar zu betrachten, bezüglich welcher noch Gaius 2, 232 zu zweifeln scheint, die aber schließlich aus dem Grunde abgelehnt wurde, weil sich der Termin erst nach dem Tode des Erblassers feststellen lasse. Keinesfalls kann sie, wie Verf. (p. 62f.) darlegt, unter den Gesichtspunkt der (nichtigen) stipulatio prepostera gebracht werden.

Der letzte Abschnitt bringt eine Erörterung der beiden Konstitutionen (C. 8, 37, 11; 4, 11, 1), durch die Justinian die für den Termin post mortem, beziehungsweise für das auf die Person des Erben abgestellte Versprechen bestehenden Beschränkungen für aufgehoben erklärte. Maßgebend war hierbei der Gesichtspunkt, daß der Wille der Parteien zur Geltung gebracht werden solle. Die logisch-juristische Möglichkeit des Termins post mortem war hiermit anerkannt. Daraus folgt aber, daß nunmehr die Obligation, wie schon früher bei der Formel cum moriar, in der Person des Erblassers entsteht und als solche auf den Erben übergeht. Es ist also ein fehlerhafter Gedanke, wenn Justinian in C. 4, 11, 1 auch den Satz 'ab heredis persona obligatio incipere non potest' aufhebt, ein Gedanke, der, wie ich hinzufügen möchte, sich aber zur Genüge daraus erklärt, daß die klassischen Juristen eben auf dieses Prinzip die Unzulässigkeit des Terminus post mortem stützten.

Hans Bögli, Beiträge zur Lehre vom ius gentium der Römer. Bern, A. Francke, 1913. 79 S.

Der Begriff des ius gentium war bei den Römern bekanntlich kein eindeutiger. Während es einerseits im Gegensatz zur Bürgerordnung die für den Verkehr der Bürger und Peregrinen, sowie der Peregrinen untereinander geltenden Normen umfaßt, steht diesem exakten Begriffe ein weiterer gegenüber, nach welchem unter ius gentium außer den völkerrechtlichen Normen ein allgemeines Weltrecht, diejenigen Rechtssätze und Institutionen, welche sich bei allen Völkern finden, verstanden werden. In diesem letzteren Sinne wird das ius gentium mit dem der griechischen Philosophie entnommenen Naturrecht teils identifiziert, teils ihm wenigstens angenähert, insofern das allen Völkern Gemeinsame der naturalis ratio entspricht.

Gegenüber dieser bereits in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. etwa Mommsen, Staatsr. 3, 604[1], Krüger, Gesch. d. Quellen[2] 45f., 134f., Mitteis, röm. Privatr. 62[3]) will nun der Verf. der vorliegenden Schrift darlegen, daß ius gentium in der ersten der oben erwähnten Bedeutungen erst den Juristen der hadrianischen Zeit bekannt sei, wenngleich der Gegensatz zwischen den nur für die Bürger und den für Bürger und Peregrinen geltenden Rechtsinstituten der Sache nach

natürlich schon früher vorhanden war. Seine Untersuchung vereinfacht sich insofern, als, wie Bremer, Jurisprud. Antehadr. 3 p. XXIII konstatiert hat, das Wort ius gentium bei den Juristen erst in der hadrianischen Zeit nachzuweisen ist. Sie erstreckt sich daher nur auf die Schriften Ciceros, greift aber hier insofern weiter aus, als sie auch die Begriffe ius publicum, ius civile einbezieht. Seine wichtigste These ist hier, daß die Römer bei der Einteilung des Rechtes nicht nach seinem Subjekt, sondern nach seinem Ursprung gefragt haben. So ist ius publicum nicht das Recht des Staates, sondern alles Recht, was überhaupt vom Staate ausgeht, also insbesondere das Gesetzesrecht, ebenso wie ius gentium nicht das Recht ist, dessen Bestimmungen sich auch auf Peregrinen beziehen, sondern das Recht, das allen Völkern gemeinsam sei.

Im Anschlusse an die terminologische Untersuchung entwickelt der Verf. eine Theorie über die Entstehung des ius gentium. Der Ausdruck ius gentium ist, da er kein griechisches Vorbild hat, auf römischem Boden entstanden, und bezog sich ursprünglich auf die gentes Latinae. Begrifflich umfaßte er 'die unter den Schutz der Götter gestellten, hauptsächlich kriegsrechtlichen Verkehrsnormen der gentes Latiums' (p. 54). 'Erst nach der Staatengründung blieb die vollständige sakrale Grundlage bloß noch für den Teil des öffentlichen und privaten Verkehrsrechts, das nicht Bestandteil des ius publicum oder des ius civile bildete, also für das Völkerrecht und allgemein anerkannte natürliche Rechtssätze' (p. 55). 'Das ius publicum war selbstverständlich nur für die Staatsbürger da. Im ius civile aber unterschied man ... zwei Bestandteile: zunächst ein formelles und strenges Recht, das nur auf den Verkehr der Bürger unter sich angewendet wurde, ... sodann aber ein freies Verkehrsrecht über Verhältnisse, die mit dem Staatsbürgertum gar nicht zusammenhingen. Dieses freie Recht ging aus dem sakralen ius gentium allmählich ins ius civile über, sobald den einzelnen Instituten der magistratische Schutz zuteil wurde' (p. 56). 'Man unterschied von einer gewissen Zeit an wohl zwischen ius civile und ius honorarium, nicht aber dem Namen nach zwischen ius civile und ius gentium innerhalb des gesamten Privatrechts; ... ungefähr seit der Zeit, da mit dem Julianischen Edikt die Rechtsbildung durch das ius edicendi der Magistraten aufhörte, (bezeichnete man) diejenigen Rechtsinstitute, die nur den römischen Bürgern zugänglich waren als ius civile, die übrigen als ius gentium, von richtiger Erkenntnis ihres eigentlichen Ursprungs geleitet, da die letzteren Einrichtungen wohl in der gentilizischen Periode wirklich neben den völkerrechtlichen und andern allgemein anerkannten Normen zum ius gentium gehört hatten' (p. 58/59).

Ich zitiere absichtlich den Verf. wörtlich, da ich mich außer Stande fühle, seine Gedankengänge sinngemäß wiederzugeben. Es ist mir vor allem unklar geblieben, in welchem Sinne er ius civile hierbei gebraucht, ebenso wie ich es nicht verstehen kann, wieso das ius gentium, das nach des Verf. Anschauung ursprünglich hauptsächlich

kriegsrechtliche Normen umfaßte, später privatrechtlichen Inhalts wurde. Ich muß unter solchen Umständen Abstand nehmen, die Aufstellungen des Verf. im einzelnen kritisch zu würdigen. Nur eines sei bemerkt. Es ist m. E. nicht angängig, lediglich auf Grund terminologischer Beobachtungen so weitgehende Schlüsse zu ziehen, wie es der Verf. tut. Wie wenig es ins Gewicht fällt, daß in den Juristenschriften der Ausdruck ius gentium erst in der hadrianischen Zeit auftaucht, hätte der Verf. bei Mitteis a. a. O. p. 63 nachlesen können. Daher bildet auch der Umstand, daß — die Richtigkeit der Behauptung des Verf. vorausgesetzt — Cicero nur den weiteren Begriff des ius gentium kennt, keine Basis für Schlüsse auf die Entwicklung des Fremdenrechts, zumal dieser weitere Begriff des ius gentium, wie schon sein Zusammenhang mit dem ius naturae zeigt, erst das Produkt spekulativer Betrachtung und daher jüngeren Ursprungs ist.

Im übrigen halte ich die Bemerkungen des Verf. über den Sprachgebrauch Ciceros hinsichtlich der Termini ius gentium und ius publicum für anregend und diskutabel, wenngleich ich sie nicht mit dem Verf. für 'unwiderleglich' bewiesen ansehen kann. Zu ihrer Nachprüfung ist indessen um so weniger der Platz, als der Verf. diese nicht erleichtert, da er den Leser im Ungewissen läßt, ob das von ihm vorgelegte Material erschöpfend ist. Den Abschluß der Abhandlung bilden zwei Anhänge, der eine 'Recht und Billigkeit bei Cicero' betitelt, der andere Berichtigungen und Nachträge zu des Verf. Schrift über Ciceros Rede für A. Caecina (vgl. die Anzeige in dieser Zeitschrift 28, 450f.) enthaltend.

T. Giorgi, Il decemvirato legislativo e la costituzione Serviana. Mailand, Società editrice libraria 1912. 57 S.

Zwischen den Gelehrten, welche der römischen Tradition für das 5. Jahrhundert auf Treu und Glauben folgen, und den Skeptikern, welche den Dezemvirat und die Authentizität der Zwölftafelgesetzgebung in Frage stellen, sucht sich der Verf. dieser, Ettore Pais gewidmeten, Schrift im Anschlusse an die Forschungen Soltaus und Neumanns einen Mittelweg. Die Zwölftafeln und die Dezemvirn haben existiert. Sie gehören auch der Zeit an, in welche sie die römische Chronologie setzt, nämlich der Mitte des 5. Jahrhunderts. Die Dezemvirn sind aber nicht bloß die Schöpfer der Zwölftafeln, sie sind auch die Urheber derjenigen Reformen, welche die römische Tradition mit der Person des 'guten' Königs Servius Tullius verknüpft.

Es kann nicht meine Absicht sein, noch fühle ich mich dazu berufen, dem Verf. auf den verschlungenen Pfaden der römischen Tradition mit ihren Geminationen und Antizipationen zu folgen. Ich beschränke mich daher auf eine Zusammenfassung seiner wesentlichen Ergebnisse.

Die Dezemvirn sind vor allem die Schöpfer der tribus rusticae. Entgegen der herrschenden Ansicht (vgl. Mommsen, Staatsr. 3, 166f.), die die Anzahl der ältesten nach den Namen von Geschlechtern bezeichneten Tribus auf 16 bestimmt, will der Verf. nur 10 Tribus gelten

lassen, indem er die nicht in den Fasten bezeugten Tribus ausschließt und sich ferner auf Liv. 4, 46 beruft, der für das Jahr 418 von der Aushebung der juniores nur nach 10 Tribus berichtet. Mit diesen Tribus soll nun die Zenturienordnung in dem Zusammenhange gestanden sein, daß jede tribus rustica zu den classici 4, zu den folgenden Klassen je eine Zenturie (juniores und seniores) stellte. Die 5. servianische Klasse hätte demnach ursprünglich 20 Zenturien umfaßt. Eine Bestätigung für diese Aufstellungen findet der Verf. in dem Umstande, daß im 5. Jahrhundert jede der beiden Legionen anscheinend nur aus 4000 Mann bestand. Jede Legion sei in 5 Abteilungen gegliedert gewesen, die von den Dezemvirn, nach deren Sturze von aus den Tribus erwählten Tribunen kommandiert gewesen seien.

Es ist, wie bemerkt, nicht unsere Aufgabe, die Aufstellungen des Verf., der übrigens eine Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen vermeidet, hier im einzelnen kritisch zu prüfen. Daß die ländlichen Tribus in die Zeit der Dezemvirn zu setzen, oder vielleicht geradezu als ihre Schöpfung zu betrachten sind, ist recht wahrscheinlich (vgl. auch Ed. Meyer, Kleine Schriften 371). Das gleiche gilt jedoch nicht für die Zenturienverfassung. Sie ist gewiß nicht jünger als die Dezemviralgesetzgebung, ob sie aber der Zeit dieser zuzuweisen ist oder gar ihr zugehört, ist höchst fraglich und das, was der Verf. ausführt, reicht m. E. nicht hin, seiner These auch nur den Wert einer Vermutung zu vindizieren. Damit verlieren natürlich auch seine weiteren Folgerungen, daß die Gesetzgebungsfunktion des Volkes, sowie die Beamtenwahlen erst von den Dezemvirn an datieren, an Wert.

Im zweiten Teil seiner Schrift will der Verf. darlegen, daß die von ihm behauptete Neuordnung des Staatswesens durch die Dezemvirn von Griechenland beeinflußt sei und speziell eine Nachahmung der Kleisthenischen Verfassung Athens darstelle. Den griechisehen Einfluß auf die Dezemviralgesetzgebung wird heute wohl niemand mehr in Abrede stellen; man darf dem Verf. auch zugeben, daß gerade um die Mitte des 5. Jahrhunderts die äußeren Bedingungen für den griechischen Kultureinfluß am günstigsten lagen; es ist endlich richtig, daß die Territorialstaatsidee, die sich in der Phylenordnung des Kleisthenes ausprägt, auch der wahrscheinlich von den Dezemvirn eingeführten Tribusorganisation zugrunde liegt. Allein gewisse Wandlungen des Verfassungslebens liegen zu gewissen Zeiten in der Luft, und wenngleich man griechischen Einfluß nicht wird leugnen dürfen, so ist damit noch kein Beweis erbracht für eine direkte Kopierung der athenischen Verfassung. Daß die Dezemvirn nach Muster der athenischen Strategen eingesetzt wurden, wie der Verf. behauptet, ist völlig beweislos. Die Übereinstimmung erstreckt sich nur auf die Zahl. Ferner fehlen gerade für die Zenturienverfassung die attischen Vorbilder. Jedenfalls hätte der Verf. eine eingehendere und tiefer dringende Vergleichung der beiden Verfassungsordnungen durchführen müssen, um seinen Aufstellungen Überzeugungskraft zu verleihen.

Prag. Paul Koschaker.

Vincenzo Arangio-Ruiz, Le formule con demonstratio e la loro origine. (Separatabdruck aus den Studi Economico-Giuridici IV), Cagliari, G. Dessì 1912. 72 S.

Die Theorie, die der Verf. der vorliegenden Schrift über die Entstehung der Demonstrationsformeln entwickelt, ist insofern nicht ganz neu, als sie in einigen Punkten an Gedanken anknüpft, die vor einigen Jahren Huvelin in einer dem arbitrium liti aestimandae und dem Ursprung der Formel gewidmeten Untersuchung (Mélanges Gérardin 319 f.) ausgesprochen hat. So suchen beide Forscher die Formel aus dem durch legis actio per iudicis postulationem instruierten arbitrium liti aestimandae abzuleiten, der Verf. allerdings mit Beschränkung auf die formula cum demonstratione. Im übrigen darf aber die Darstellung des Verf. als eine völlig selbständige gelten.

Den Ausgangspunkt seiner Untersuchung bildet die Beobachtung, daß die Demonstrationsformel in ihrer überlieferten Gestalt der Folgerichtigkeit entbehre. Ich wähle, um die Gedanken des Verf. zu verdeutlichen, mit ihm die f^a. in ius concepta der actio depositi als Beispiel. Sie lautet nach Gai. 4, 47: Quod A^s. A^s. apud N^m. N^m. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N^m. N^m. A^o. A^o. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m. N^m. A^o. A^o. condemnato[1], s. n. p. absolvito. Das Unlogische der Formel soll darin liegen, daß einerseits die demonstratio den Tatbestand in assertorischer Form berichtet, ihn also als ein nicht mehr der Untersuchung und des Beweises bedürftiges Faktum hinstellt, während andrerseits die condemnatio durch die Klausel 's. n. p. absolvito' doch die Entscheidung darüber dem Geschworenen einräumt. Nun hat allerdings die Formel eine intentio. Allein diese intentio erscheint, für sich betrachtet, eher als nähere Bestimmung der condemnatio, zu der sie inhaltlich gehört, und dies um so mehr als jene an und für sich unschlüssig wäre. Kurz und gut, die Formel wäre erst dann logisch, wenn man die Klausel 's. n. p. absolvito' streicht und die ganze Formel als Anweisung an den Geschworenen ansieht, auf Grund eines bereits außer Streit gestellten Tatbestandes (demonstratio) eine Abschätzung in Geld auszusprechen (condemnatio). Allerdings gelangt man auf diese Weise zur Annahme einer Formel, die nur aus demonstratio und condemnatio besteht, und dies steht im Widerspruch zu dem Prinzipe, daß jede Formel wenigstens eine intentio haben müsse. Allein dieses Prinzip haben erst die Modernen in die Quellen hineingetragen. Nun hat allerdings die klassische Jurisprudenz die Klausel 'quidquid dare facere oportet ex f. b.' als intentio aufgefaßt, ebenso wie sie nicht daran gezweifelt hat, daß der in der demonstratio berichtete Tatbestand des Beweises bedürftig und der Entscheidung der Geschworenen unter-

[1] Daß die in der Veroneser Handschrift hinter condemnato überlieferten Buchstaben NR (nisi restituat) wahrscheinlich auf ein Schreiberversehen zurückzuführen und zu streichen sind, darüber vgl. Lenel, Ed.² 279¹⁴.

stellt sei. Allein diese Tatsachen dürfen uns nicht über die Mängel im Baue der Demonstrationsformeln hinwegtäuschen. Die Mängel müssen vielmehr historisch erklärt werden. Sie haben ihren Grund darin, daß die Formel ursprünglich anderen Zwecken diente als später, und daß die klassische Fassung des Formelschemas das Produkt einer Umarbeitung ist, die aber die Spuren der ursprünglichen Funktion der Formel nicht zu verwischen vermochte.

Die folgenden drei Kapitel, die sich mit den einzelnen Demonstrationsformeln beschäftigen, glaube ich überschlagen zu können. Die den einzelnen Formeln gewidmeten Untersuchungen sind zwar für den Verf. notwendig gewesen, für den Referenten, der nur über die Hauptergebnisse berichten kann, kommen sie weniger in Betracht. Ich wende mich daher sofort dem 5. und letzten Kapitel der Schrift zu, in dem der Verf. seine Ansicht über die Entstehung der Demonstrationsformel entwickelt.

Die Untersuchung des Formelbaus hat, wie bemerkt, den Verf. zum Ergebnisse geführt, daß die Demonstrationsformel ursprünglich aus zwei Teilen bestand, der demonstratio, die dem Geschworenen einen bereits festgestellten Tatbestand vorlegt, und der condemnatio, die ihn anweist, den auf Grund dieses Tatbestandes sich ergebenden Anspruch abzuschätzen. Ein Schätzungsverfahren auf Grund eines festgestellten Tatbestandes existierte nun bereits zur Zeit der Spruchformel in der Gestalt des arbitrium liti aestimandae, das, wie man heute allgemein annimmt, durch legis actio per iudicis postulationem vorbereitet wurde. Dieselbe legis actio fand wahrscheinlich auch bei den Teilungsklagen Anwendung. Denn auch hier mußte das materielle Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Geschworene zur adiudicatio schreiten sollte, feststehen. Die Parteien mußten sich wechselseitig als Gemeinschafter anerkennen, da nur unter solchen eine Teilungsklage möglich war.[1]) Für dieses Schätzungsverfahren mochte sich nun eine schriftliche Instruktion des Geschworenen — in dieser Annahme berührt sich der Verf. wieder mit Huvelin —, wenngleich lediglich als Beweisdokument über die vollzogene legis actio, als zweckmäßig erweisen. Wenn eine solche Instruktion des Geschworenen existierte, so mußte sie aber zweierlei enthalten: einmal den Bericht über das materielle Rechtsverhältnis, das festgestellt worden war oder über das sich die Parteien geeinigt hatten, ferner die Anweisung an den Geschworenen, zu adjudizieren oder zu schätzen. Dieser Inhalt der Instruktion entspricht aber genau derjenigen Fassung der Demonstrationsformel, die der Verf. für die ursprüngliche hält, und was speziell die Formeln der Teilungsklagen betrifft, so bestehen sie in ihrer ältesten Gestalt nur aus demonstratio und adiudicatio. War diese Formel einmal erfunden, so konnte sie auch für die neuen Klagen verwendet werden, die sich ausschließlich auf das imperium des Prä-

[1]) Vgl. D. 10, 2, 37: Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur adversarium sibi esse coheredem und dazu Berger, Teilungsklagen 18[4].

tors stützten, vorausgesetzt allerdings, daß die Parteien über das der Klage zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis einig waren. Nur hatte natürlich hier, wo die legis actio unanwendbar war, die Formel konstitutive Bedeutung. Der Verf. versucht dies für eine Reihe von Fällen wahrscheinlich zu machen, vor allem für die bonae fidei-Klagen. Ob allerdings auch hier noch die demonstratio als Bericht über den außer Streit gestellten Tatbestand aufgefaßt wurde, läßt sich nicht sagen. Das Aufkommen immer neuer Klagen in Gestalt der Ästimationsformel mußte allmählich zur Auffassung führen, daß der in der demonstratio erzählte Tatbestand Gegenstand des Beweises und der richterlichen Untersuchung sei. Der letzte Schritt, die Umgestaltung der Ästimationsklausel in die alternative condemnatio geschah aber erst mit der lex Aebutia, als der Prätor für die bisher mit legis actio sacramento und per condictionem verfolgbaren Ansprüche, die immer als streitige gedacht waren, Formeln ausstellen mußte. Diesen konnte natürlich nur das Schema 'si paret — condemnato, si non paret — absolvito' zugrunde gelegt werden.

Eine Kritik dieser Theorie wird vor allem an ihren Ausgangspunkten einzusetzen haben. Als solcher erscheint einmal die These, daß es Formeln gab, die nur aus demonstratio und condemnatio bestanden. Zu demselben Ergebnis ist kürzlich, unabhängig von dem Verf., auch Audibert in einem 'formules sans intentio' betitelten Artikel (Mélanges Girard I 34 f.) speziell für die actio iniuriarum gelangt. In der Tat scheint mir das Dogma von der Unentbehrlichkeit der intentio nicht haltbar. Die maßgebende Stelle, Gai. 4, 44, wie immer man auch mit dem korrumpierten Schlußsatz sich abfinden mag, besagt lediglich, daß die intentio im Gegensatz zu den anderen Formelteilen für sich allein zu einer Formel genügen kann, nicht aber daß sie für jede Formel notwendig ist. Als sicheres Beispiel einer lediglich aus demonstratio und condemnatio zusammengesetzten Formel wird man, abgesehen von der actio iniuriarum, mit dem Verf. die Formel der Teilungsklagen gelten lassen dürfen, bevor sie die auf die praestationes personales bezügliche intentio aufgenommen hatten. Daß die Klausel 'quantum adiudicari oportet' keine intentio darstellt, sondern zur adiudicatio gehört, sagt Gaius 4, 42 ausdrücklich.

Anders liegt die Sache bei der zweiten Voraussetzung, auf der der Verf. seine Theorie aufbaut. Soll die Demonstrationsformel aus dem arbitrium liti aestimandae hervorgegangen sein, soll also wenigstens ursprünglich der in der demonstratio berichtete Tatbestand als außer Streit gestellt gegolten haben und der Prüfung durch den Geschworenen entzogen gewesen sein, so müssen sich für diese ältere Auffassung wenigstens Spuren nachweisen lassen. In der Tat glaubt der Verf. solche gefunden zu haben. Nach Gai. 4, 160 hat Proculus die Meinung vertreten, daß der Beklagte, der im Interdiktsverfahren mit formula arbitraria die Streitbefestigung vollziehen will, ein iudicium calumniae gegen den Kläger nicht beantragen dürfe, weil er dadurch, daß er den arbiter annehme, quasi confessus videatur restituere se

vel exhibere debere, eine Ansicht, die Gaius ablehnt. Im Anschlusse an Lenel, Ed. [2] 432f. meint der Verf., daß sich diese Kontroverse nur aus der Fassung der Formeln erklären lasse, die in einer demonstratio den Inhalt des Interdikts wiedergegeben haben. Proculus habe den Inhalt dieser demonstratio als bereits vor dem Prätor festgestellt betrachtet. So bestechend diese Erklärung erscheint, so ist sie m. E. doch nicht stichhaltig. Man beachte, daß Proculus nur von einer quasi confessio der Beklagten spricht, während er ihn, wenn er von der eben erwähnten Erwägung ausgegangen wäre, als confessus hätte bezeichnen müssen. Mir scheint eine andere Deutung näher gelegen. Wie Gai. 4, 164f. berichtet, war es Sache des Beklagten, die formula arbitraria zu beantragen, widrigenfalls es zu dem Verfahren per sponsionem mit seinen wechselseitigen Sukkumbenzstrafen kam. Proculus' Meinung ging nun wohl dahin, daß der Beklagte, der sich unter solchen Umständen für die formula mit arbitratus entscheide, dadurch wenigstens in eventu seine Restitutions- oder Exhibitionspflicht zugebe, quasi confessus sei und dadurch das Recht auf das iudicium calumniae verliere. Im Hintergrunde mag noch der Gedanke stehen, daß es unbillig sei, den Kläger einem periculum auszusetzen, wenn den Gegner ein solches nicht treffe. Damit steht im Einklange, daß Gaius in seiner Widerlegung sich mit keinem Worte auf die Formelfassung bezieht, sondern nur bemerkt: potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit quam quia confitetur.

Wichtiger ist das zweite Argument, welches der Verf. beibringt. Inst. 4, 58 trägt Gaius den Satz vor: falsa demonstratione rem non perimi, d. h. genauer gesprochen, ein plus demonstrare hat keine Konsumption des Anspruches zur Folge, berichtet aber zugleich von einer anderen Meinung, welche wenigstens bei infamierenden Klagen mit einem plus demonstrare den definitiven Prozeßverlust verknüpfen wollte. Dieser Kontroverse soll nach dem Verf. eine verschiedene Auffassung über das Wesen der demonstratio zugrunde liegen. Während die zuletzt erwähnte Meinung, die der Verf. den Sabinianern zuschreibt, den Inhalt der demonstratio als Gegenstand des Streitverhältnisses betrachtete und sie demnach der intentio anzunähern bestrebt war, liegt der ersten, von Gaius gebilligten Lehre die Auffassung zugrunde, daß die demonstratio 'non dichiara un punto controverso, ma un semplice presupposto di fatto'. Richtig an dieser Ausführung ist m. E. nur die erste Hälfte. Wenn es Juristen gab, welche mit dem plus demonstrare ein litem perdere verbanden, so liegt dem die Tendenz zugrunde, die Regeln der plus petitio, die ja nur für die intentio, vielleicht ursprünglich nur für die intentio iuris civilis galten, auf die demonstratio auszudehnen. Unrichtig ist hingegen das, was der Verf. zur Erklärung des Satzes 'falsa demonstratio non nocet' beibringt. Wenn in der Tat der Inhalt der demonstratio als unbestritten galt und demnach der Kognition des Richters entzogen war, so konnte logischerweise eine unrichtige demonstratio auf seine Entscheidung keinen Einfluß haben. Er hätte eben auf Grund der unrichtigen demonstratio

entscheiden müssen. Allein was berichtet Gaius für diesen Fall? Nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet. Die Konsumption und damit auch die Litiskontestation erscheint durch die Richtigkeit der demonstratio bedingt. Dies setzt aber unbedingt eine Untersuchung der Geschworenen über den Inhalt der demonstratio voraus, der demnach als streitig gegolten haben muß. Diese Funktion der demonstratio erinnert an die Wirkung der praescriptio, wie sie jüngst Wlassak (diese Zeitschr. 33, 81 f.) dargestellt hat, und es mag daher kein Zufall sein, daß die Definition der demonstratio bei Gai. 4, 40 und 60 (ea pars formulae, quae ... inseritur, ut demonstretur res, qua de agitur) lebhaft an das anklingt, was die praescriptio in ihrer formularen Fassung selbst als ihren Zweck ausspricht (vgl. Wlassak a. O. 103f.). Es ist hier nicht der Platz, diesen Gedanken weiter zu verfolgen. Für uns genügt es zu konstatieren, daß jedes Indiz fehlt, daß die demonstratio ursprünglich den Zweck hatte, einen durch Vereinbarung der Parteien oder in anderer Weise festgestellten Tatbestand zur Kenntnis der Geschworenen zu bringen, eine Auffassung, der auch die ihr angehängte Klausel 'qua de re agitur' (Gai. 4, 47) widerspricht.

Damit ist der Theorie des Verf. der Hauptstützpunkt entzogen. Ich will daher nur mehr in Kürze darauf hinweisen, daß die Auffassung des Verf. eine ganz unwahrscheinliche Beschränktheit der Machtmittel des Prätors voraussetzt. Er soll in zahlreichen Fällen Rechtsschutz nur dann haben gewähren können, wenn die Parteien sich vorher über das materielle Rechtsverhältnis geeinigt hatten. Ferner läßt sie die formulae in factum unberücksichtigt, deren hohes Alter gerade durch den Umstand bezeugt ist, daß bei einer Reihe von Klagen die formula in ius concepta mit demonstratio erst später neben die actio in factum getreten ist. Endlich spricht gegen den Verf. der enge Zusammenhang zwischen demonstratio und intentio in factum (vgl. Wlassak a. a. O. 104[1]). Denn diese konnte natürlich immer nur streitige Fakta zum Gegenstande haben.

Ein Punkt sei noch erwähnt. Der Verf. findet ein unlogisches Element der Demonstrationsformel in der Schlußklausel 'si non paret absolvito'. Dies wird man wenigstens für diejenigen Demonstrationsformeln, die einer intentio entbehrten, zugeben dürfen, weil das 'si non paret' ein entsprechendes 'si paret' erfordert, das hier fehlt (vgl. in diesem Sinne auch Audibert a. O. 57 f.). Allein daraus folgt keineswegs, daß der Geschworene bei der demonstratio auf die bloße Ästimation beschränkt war. Vielmehr wäre eine solche Formelfassung auch begreiflich, wenn der Richter die Richtigkeit der demonstratio zu prüfen hatte. Denn die Konstatierung ihrer Unrichtigkeit bewirkte, daß nihil in iudicium deducitur, war also keine absolutio im strengen Sinne des Wortes, die vielmehr eine wirksame Litiskontestation voraussetzte. Auch hier besteht eine Analogie zur formula mit praescriptio, bei der die Verifizierung der praescriptio durch den Geschworenen ebenfalls keine absolutio war, sondern lediglich die Feststellung, daß die von den Parteien gesetzte Bedingung der Streitbefestigung nicht

eingetreten sei (vgl. im übrigen Wlassak a. O. 157f.). Doch mag dies nur die ursprüngliche Auffassung gewesen sein. Ich möchte wenigstens nicht schlechthin behaupten, daß die alternative condemnatio der demonstratio immer gefehlt habe.

Wenngleich also die Aufstellungen des Verf. den Widerspruch herausfordern, so soll darum seine Schrift nicht schlechthin abgelehnt werden. Es gibt Bücher, deren Bedeutung weniger in ihren positiven Ergebnissen, als in der Art der Problemstellung liegt. Zu den letzteren gehört die vorliegende Schrift. Ganz abgesehen von einer Fülle feiner Einzelbeobachtungen, auf die ich hier nicht eingehen konnte, gebührt dem Verf. das Verdienst, auf ein bisher nicht beachtetes Problem hingewiesen zu haben. Nur ist die Lösung dieses Problems in einer anderen Richtung zu suchen als es der Verf. will: nicht in dem arbitrium liti aestimandae, sondern in dem Verhältnis der demonstratio zur praescriptio sowie zur formula in factum. Vielleicht, daß es auf diese Weise auch gelingt, die Formel mit intentio incerta aufzuhellen. Denn das eine wird man zugeben dürfen, daß die überlieferte Fassung dieser Formeln nicht ganz einwandfrei ist, daß insbesondere das 'si non paret absolvito' sich nicht zwanglos zur intentio fügt.

Prag. Paul Koschaker.

James Leigh Strachan-Davidson, Master of Balliol College, Oxford and Jowett Fellow, Problems of the Roman Criminal Law. 2 Bde. XXI und 245; IV und 287 S. Oxford, Clarendon Press 1912.

Diese zweibändige Arbeit eines englischen Gelehrten ist aus dem Studium von Mommsens Röm. Strafrecht entstanden. Eine Reihe von kritischen Beobachtungen zu Mommsen hatte der Verf. in der English Historical Review, April 1902, veröffentlicht. Sie sind der Grundstock zum vorliegenden Werk. Es ist trotz seines stattlichen Umfangs keine systematische Neudarstellung des römischen Strafrechts. Der Verf. durfte sich gewiß solcher Neuarbeit mit Hinweis auf Mommsen entziehen: dort stehe alles beisammen. Es brauche nicht nochmals gesammelt zu werden. Aber einzelne Fragen aus dem großen Ganzen erheischen neue Bearbeitung. Und diese Bearbeitung in der Form aneinandergereihter Essays ermöglichte es dem auf dem festen von Mommsen gelegten Fundamente stehenden Verf. hier ins Einzelne zu gehen, auch wohl ausführlichere literarische Polemik mit Würdigung von Gründen und Gegengründen sich zu leisten: etwas, worauf der neu schaffende Mommsen ja selten genug einzugehen Zeit und Lust hatte. Das Buch des Verf.s rechtfertigt aber nun selbst am besten den bisherigen Mangel an eingehenden Kritiken Mommsens. Der Verf. unterdrückt nicht eine mißbilligende Verwunderung darüber, daß, abgesehen von zwei „excellent criticisms“, der Abhandlung Hitzigs in der Schweiz. Zeitschr. f. Strafr. 1900 und der Esmeins in der Nouv. rev. hist. 1902, zwar die Zeitschriften wohl

freundliche Erwähnungen, aber kaum eine ausführliche Besprechung von Mommsens Buch gebracht hätten. Das trifft zu und mag auch schon wie dem Verf. anderen nahe gegangen sein — aber Mommsens Darstellung entzieht sich eben nicht bloß landläufiger, sondern gerade tiefer schürfender Kritik. Und wenn solche auch nur bei wenigen aus der Fülle der Mommsenschen Probleme einsetzt, so wird leicht aus der kritischen Würdigung ein neues Buch — gar eines mit zwei Bänden, wie das des Verf.s. Natürlich ist die Würdigung einer solchen Sammlung kritischer Aufsätze nicht in der Form möglich, daß wieder alles durchbesprochen würde. Höchstens die eine oder andere Frage kann hervorgehoben werden, im übrigen entzieht sich schon die Art der Anlage des Buchs einer Rezension. Da das Buch aber nicht auf dem einheimischen Büchermarkte erschienen ist, so mag immerhin auch eine kurze Inhaltsangabe nicht überflüssig sein, schon um dem oder jenem, der es nicht kennt, zu zeigen, was er darin suchen kann.

Der Verf. verbreitet sich über sachlich und zeitlich weit voneinanderliegende Kriminalrechtsprobleme. Allein 10 Seiten zu Anfang des ersten Bands umfaßt ihre detailliertere Aufzählung. In vielfach mehr der Hypothese als sicher erschließbarer Geschichte angehörige Zeiten führen die Fragen nach dem Verhältnis von Religion und Recht auf den ältesten Stufen römischer Entwickelung, nach der Bedeutung der Todesstrafe als ursprünglichem Menschenopfer und der sacratio, nach der Säckung als Form der Vollstreckung der Todesstrafe (Bd. I Kap. 1), aber auch nach den Zusammenhängen von Familien- und staatlichem Strafrecht (Kap. 2), sowie der Entwickelung dieses letzteren als Reaktion gegen Selbsthilfe (Kap. 3). Bei solcher Untersuchung kann auch das stets von neuem reizvolle (vgl. R. v. Mayr, Mélanges Girard II 171 ff.) Problem der legis actio sacramento (sacramenti schreibt der Verf. durchwegs) nicht fehlen (Kap. 4). Die Lehre vom Formularprozeß, mit der sich der Verf. im 5. Kapitel auseinandersetzt, führt natürlich zur Heranziehung primär privatprozeßrechtlicher Fragen. Da hat der Verf. zwar Girards Forschungen gut verwertet, von Wlassaks Arbeiten aber nur die Prozeßgesetze. Er bedauert dies im Vorwort selbst bezüglich der lebhaften wissenschaftlichen Diskussion über das Alter des äbutischen Gesetzes. Wir schließen uns diesem Bedauern an, ist doch diese Diskussion alles eher als bloß ein Streit um ein chronologisch mehr oder minder bedeutsames Datum. Leider hat sich der Verf. auch die neueren Arbeiten Wlassaks in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung entgehen lassen, so z. B. für das addicere S. 65[1]. In der Bewertung der Stellung des Magistrats vor der lex Aebutia steht der Verf. wesentlich auf Wlassaks Standpunkt. Vgl. z. B. S. 64; 67. Aber wenn so der deutsche Leser fehlende Verwertung deutscher Literatur bedauert, so liest er wieder mit großem Interesse Ausführungen, die englische Rechtszustände und englische Literatur zu vergleichender Erhellung römischer Rechtsinstitutionen heranziehen, wie das über case-law Ausgeführte S. 79 ff., das — bezeichnend in englischem Munde — mit dem Endurteil schließt, daß die Römer die

denkbar beste Lösung des Problems, welche Bedeutung Präjudizien zuzumessen sei, gefunden hätten (S. 84). Im Folgenden befaßt sich Str.-D. mit der Judikations- und Koërzitionsgewalt (Kap. 6), mit der Strafgewalt im außerstädtischen Amtsgebiet (Kap. 7), mit der Strafgerichtsbarkeit des Volks (Kap. 8 u. 9), mit dem System der Vermögensstrafen (Kap. 10), mit der Gerichtsbarkeit von Richterkollegien, wobei besonders die Rekuperatorentätigkeit (S. 211 f.) eingehende Würdigung findet (Kap. 12). Hier nur einige gelegentliche Bemerkungen. S. 107[3], wo Verf. auf das occentare zu sprechen kommt, sieht er — mit Recht — entgegen Mommsen (Strafr. 60 „das öffentlich abgesungene Spottlied" dazu S. 794) in der occentatio den Erntezauber. Er beruft sich dabei auf Esmein, hat sich aber Maschkes eingehende Untersuchung über die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems (1903) S. 11ff. ebenso entgehen lassen, wie Huvelins Abhandlung in den Mélanges Appleton über la notion de l'«iniuria» dans le très ancien droit romain (1903) Auffallend war mir des Verf.s Zweifel (S. 209[11]) an der von Wlassak (Proz. Ges. I 144ff.) doch wohl endgültig klargestellten Unterscheidung der Dezemvirn des valerisch-horatischen Gesetzes von den richterlichen Zehnmännern, den decemviri litibus iudicandis. Die Ausführungen über die recuperatio zeigen den Verf. mit dem einschlägigen Quellenmaterial vollauf vertraut. Ich vermochte dies hier an der Hand des von mir vor kurzem für den Artikel reciperatio in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie gesammelten Quellenmaterials nachzuprüfen. Daß ich auch hier nicht überall zustimmen kann, ist nicht verwunderlich für jeden, der die trümmerhafte Überlieferung bedauert. So „halte ich es" nach wie vor mit Wlassak in Auslegung von Cic. pro Tull. c. 17 § 41, anders der Verf. 217[6]. Ferner kann nicht wohl der Zeugniszwang, das testibus denuntiare, das bei rekuperatorischem Verfahren erwähnt wird (l. Mamil. c. 5, 16f. ed. Venafr. 66f. Prob. Jur. Not. 5, 8. l. Urson. c. 95, 4f. 13—15), als Besonderheit gerade dieses Verfahrens von dem angenommen werden, der Wlassaks Auffassung vom Wahlrecht der Parteien (Prozeßges. I 107f. II 309 u. ö.) teilt. Denn dann hätten es die Parteien ja in der Hand gehabt, den Zeugniszwang auch auf Zivilsachen auszudehnen, wenn sie Rekuperatoren verlangt hätten. Dagegen Quint. Inst. 5, 7, 9. Der Verf. neigt (S. 212 bis 214) dagegen zu der von Girard, Organis. I 103[1] vorgezogenen Auffassung, die schon Huschke, Krit. Jahrb. 1837, 897ff. vertreten hat, daß Zeugniszwang Eigentümlichkeit des rekuperatorischen Verfahrens sei. Richtig m. E. Rudorff, Z. G. R. IX 406—408. Mommsen, Jur. Schr. I 233. So auch Puchta, Instit. I § 174 r).

Diese Einzelheiten mögen zeigen, wie anregend der Verf. Fragen zu stellen weiß, deren Beantwortung, so detailliert die Frage scheinen mag, doch an die grundlegenden Prinzipien der Gerichtsverfassung und des Gerichtsverfahrens nicht minder rührt, als an die Grundsätze des materiellen Kriminalrechts. Der Raum verbietet mir, mehr Einzelheiten zu erwähnen. Es ist auch nicht der Zweck dieser Zeilen, über ein zu zwei Bänden angeschwollenes Referat über Mommsen

ein neues Referat zu verfassen. Aber wer sich über strafrechtliche Themen des römischen Rechts zu arbeiten vornimmt, wird an den angezeigten zwei Bänden nicht vorübergehen. Ich zitiere nun noch einigen Überschriften. Das Schlußkapitel des ersten Bandes behandelt Fälle außerordentlicher Strafgerichtskommissionen; der zweite Band handelt eingehend vom Repetundenprozeß, vom Exil- und verwandten Freiheitsstrafen, von den Geschworenengerichten in Strafsachen, von Gerichtshöfen der Kaiserzeit und der höchsten Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst, also, wie das ganze Werk, mehr von strafprozeß- als materiell strafrechtlichen Themen.

Bequem für den Benützer und bei einer Arbeit dieser Art freilich auch notwendiger noch als bei monographischer Behandlung einer Frage ist die Beigabe eines ausführlichen Sachindex und Quellenindex. Ungewöhnt sind dem deutschen Leser die ins Einzelne gehenden 'References to modern authorities'. Sie würden bei manchem anderen wissenschaftlichen Werk dasselbe nicht unwesentlich beschweren. Aber der Vorteil auch eines solchen Literaturindex für rasche Orientierung des Lesers liegt auf der Hand.

München. Leopold Wenger.

Edouard Cuq, Un nouveau document sur l'Apokèryxis. (Extrait des Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres Tome XXXIX). Paris 1913.

In seinem Buch über die Stellung der Erbanwärter im römischen Recht (p. 180) hat F. v. Woeß jüngst darauf hingewiesen, daß die rhetorischen Schriften eine erschöpfende Würdigung vom juristischen Standpunkt aus noch nicht gefunden haben. Nirgends wohl macht sich dies in dem Maße fühlbar, wie bei dem in der vorliegenden Schrift behandelten Thema. Gerade die Tatsache, daß für die Lehre von der *ἀποκήρυξις* die Schriften der Rhetoren in erster Linie als Quellen in Betracht kommen, hat, wie auch Verf. in der Einleitung bemerkt, einer gesicherten Erkenntnis der näheren Ausgestaltung dieses Instituts hindernd im Wege gestanden (cf. auch Thalheim, Pauly-Wissowa s. v. *ἀποκήρυξις*). Diesem Mangel an zuverlässigem Quellenmaterial hat nach des Verf. Ansicht ein im Jahre 1912 von Jean Maspero edierter Papyrus mit einem Schlage abgeholfen. Der Interpretation dieses Papyrus ist die hier zu besprechende Abhandlung gewidmet.

Διήγημα ἀποκηρύξεως ist das uns interessierende Dokument überschrieben, das zusammen mit einer Pachtzinsquittung und mehreren poetischen Fragmenten auf dem Verso des Kaufvertrags Cairo Cat. 67097 erhalten ist (Verso D. = l. 27—90). Es ist dem Editor gelungen, den Autor festzustellen. Verfasser ist der aus den Urkunden der Cairener Sammlung bekannte *σχολαστικός*, spätere Notar Dioskoros, der sich, wie zahlreiche Fragmente bezeugen, auch als Dichter versucht hat. Über ihn hat Maspero in der Revue des Etudes grecques Bd. 24, p. 426—481 ausführlich gehandelt. Als Abfassungszeit läßt

denkbar beste Lösung des Problems, welche Bedeutung Präjudizien zuzumessen sei, gefunden hätten (S. 84). Im Folgenden befaßt sich Str.-D. mit der Judikations- und Koërzitionsgewalt (Kap. 6), mit der Strafgewalt im außerstädtischen Amtsgebiet (Kap. 7), mit der Strafgerichtsbarkeit des Volks (Kap. 8 u. 9), mit dem System der Vermögensstrafen (Kap. 10), mit der Gerichtsbarkeit von Richterkollegien, wobei besonders die Rekuperatorentätigkeit (S. 211 f.) eingehende Würdigung findet (Kap. 12). Hier nur einige gelegentliche Bemerkungen. S. 107[3], wo Verf. auf das occentare zu sprechen kommt, sieht er — mit Recht — entgegen Mommsen (Strafr. 60 „das öffentlich abgesungene Spottlied" dazu S. 794) in der occentatio den Erntezauber. Er beruft sich dabei auf Esmein, hat sich aber Maschkes eingehende Untersuchung über die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems (1903) S. 11 ff. ebenso entgehen lassen, wie Huvelins Abhandlung in den Mélanges Appleton über la notion de l'«iniuria» dans le très ancien droit romain (1903) Auffallend war mir des Verf.s Zweifel (S. 209[11]) an der von Wlassak (Proz. Ges. I 144 ff.) doch wohl endgültig klargestellten Unterscheidung der Dezemvirn des valerisch-horatischen Gesetzes von den richterlichen Zehnmännern, den decemviri litibus iudicandis. Die Ausführungen über die recuperatio zeigen den Verf. mit dem einschlägigen Quellenmaterial vollauf vertraut. Ich vermochte dies hier an der Hand des von mir vor kurzem für den Artikel reciperatio in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie gesammelten Quellenmaterials nachzuprüfen. Daß ich auch hier nicht überall zustimmen kann, ist nicht verwunderlich für jeden, der die trümmerhafte Überlieferung bedauert. So „halte ich es" nach wie vor mit Wlassak in Auslegung von Cic. pro Tull. c. 17 § 41, anders der Verf. 217[6]. Ferner kann nicht wohl der Zeugniszwang, das testibus denuntiare, das bei rekuperatorischem Verfahren erwähnt wird (l. Mamil. c. 5, 16 f. ed. Venafr. 66 f. Prob. Jur. Not. 5, 8. l. Urson. c. 95, 4 f. 13—15), als Besonderheit gerade dieses Verfahrens von dem angenommen werden, der Wlassaks Auffassung vom Wahlrecht der Parteien (Prozeßges. I 107 f. II 309 u. ö.) teilt. Denn dann hätten es die Parteien ja in der Hand gehabt, den Zeugniszwang auch auf Zivilsachen auszudehnen, wenn sie Rekuperatoren verlangt hätten. Dagegen Quint. Inst. 5, 7, 9. Der Verf. neigt (S. 212 bis 214) dagegen zu der von Girard, Organis. I 103[1] vorgezogenen Auffassung, die schon Huschke, Krit. Jahrb. 1837, 897 ff. vertreten hat, daß Zeugniszwang Eigentümlichkeit des rekuperatorischen Verfahrens sei. Richtig m. E. Rudorff, Z. G. R. IX 406—408. Mommsen, Jur. Schr. I 233. So auch Puchta, Instit. I § 174 r).

Diese Einzelheiten mögen zeigen, wie anregend der Verf. Fragen zu stellen weiß, deren Beantwortung, so detailliert die Frage scheinen mag, doch an die grundlegenden Prinzipien der Gerichtsverfassung und des Gerichtsverfahrens nicht minder rührt, als an die Grundsätze des materiellen Kriminalrechts. Der Raum verbietet mir, mehr Einzelheiten zu erwähnen. Es ist auch nicht der Zweck dieser Zeilen, über ein zu zwei Bänden angeschwollenes Referat über Mommsen

ein neues Referat zu verfassen. Aber wer sich über strafrechtliche Themen des römischen Rechts zu arbeiten vornimmt, wird an den angezeigten zwei Bänden nicht vorübergehen. Ich zitiere nun noch einigen Überschriften. Das Schlußkapitel des ersten Bandes behandelt Fälle außerordentlicher Strafgerichtskommissionen; der zweite Band handelt eingehend vom Repetundenprozeß, vom Exil- und verwandten Freiheitsstrafen, von den Geschworenengerichten in Strafsachen, von Gerichtshöfen der Kaiserzeit und der höchsten Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst, also, wie das ganze Werk, mehr von strafprozeß- als materiell strafrechtlichen Themen.

Bequem für den Benützer und bei einer Arbeit dieser Art freilich auch notwendiger noch als bei monographischer Behandlung einer Frage ist die Beigabe eines ausführlichen Sachindex und Quellenindex. Ungewöhnt sind dem deutschen Leser die ins Einzelne gehenden 'References to modern authorities'. Sie würden bei manchem anderen wissenschaftlichen Werk dasselbe nicht unwesentlich beschweren. Aber der Vorteil auch eines solchen Literaturindex für rasche Orientierung des Lesers liegt auf der Hand.

München. Leopold Wenger.

Edouard Cuq, Un nouveau document sur l'Apokèryxis. (Extrait des Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres Tome XXXIX). Paris 1913.

In seinem Buch über die Stellung der Erbanwärter im römischen Recht (p. 180) hat F. v. Woeß jüngst darauf hingewiesen, daß die rhetorischen Schriften eine erschöpfende Würdigung vom juristischen Standpunkt aus noch nicht gefunden haben. Nirgends wohl macht sich dies in dem Maße fühlbar, wie bei dem in der vorliegenden Schrift behandelten Thema. Gerade die Tatsache, daß für die Lehre von der *ἀποκήρυξις* die Schriften der Rhetoren in erster Linie als Quellen in Betracht kommen, hat, wie auch Verf. in der Einleitung bemerkt, einer gesicherten Erkenntnis der näheren Ausgestaltung dieses Instituts hindernd im Wege gestanden (cf. auch Thalheim, Pauly-Wissowa s. v. *ἀποκήρυξις*). Diesem Mangel an zuverlässigem Quellenmaterial hat nach des Verf. Ansicht ein im Jahre 1912 von Jean Maspero edierter Papyrus mit einem Schlage abgeholfen. Der Interpretation dieses Papyrus ist die hier zu besprechende Abhandlung gewidmet.

Διήγημα ἀποκηρύξεως ist das uns interessierende Dokument überschrieben, das zusammen mit einer Pachtzinsquittung und mehreren poetischen Fragmenten auf dem Verso des Kaufvertrags Cairo Cat. 67097 erhalten ist (Verso D. = l. 27—90). Es ist dem Editor gelungen, den Autor festzustellen. Verfasser ist der aus den Urkunden der Cairener Sammlung bekannte *σχολαστικός*, spätere Notar Dioskoros, der sich, wie zahlreiche Fragmente bezeugen, auch als Dichter versucht hat. Über ihn hat Maspero in der Revue des Etudes grecques Bd. 24, p. 426—481 ausführlich gehandelt. Als Abfassungszeit läßt

denkbar beste Lösung des Problems, welche Bedeutung Präjudizien zuzumessen sei, gefunden hätten (S. 84). Im Folgenden befaßt sich Str.-D. mit der Judikations- und Koërzitionsgewalt (Kap. 6), mit der Strafgewalt im außerstädtischen Amtsgebiet (Kap. 7), mit der Strafgerichtsbarkeit des Volks (Kap. 8 u. 9), mit dem System der Vermögensstrafen (Kap. 10), mit der Gerichtsbarkeit von Richterkollegien, wobei besonders die Rekuperatorentätigkeit (S. 211 f.) eingehende Würdigung findet (Kap. 12). Hier nur einige gelegentliche Bemerkungen. S. 107[3], wo Verf. auf das occentare zu sprechen kommt, sieht er — mit Recht — entgegen Mommsen (Strafr. 60 „das öffentlich abgesungene Spottlied" dazu S. 794) in der occentatio den Erntezauber. Er beruft sich dabei auf Esmein, hat sich aber Maschkes eingehende Untersuchung über die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems (1903) S. 11ff. ebenso entgehen lassen, wie Huvelins Abhandlung in den Mélanges Appleton über la notion de l'«iniuria» dans le très ancien droit romain (1903) Auffallend war mir des Verf.s Zweifel (S. 209[11]) an der von Wlassak (Proz. Ges. I 144ff.) doch wohl endgültig klargestellten Unterscheidung der Dezemvirn des valerisch-horatischen Gesetzes von den richterlichen Zehnmännern, den decemviri litibus iudicandis. Die Ausführungen über die recuperatio zeigen den Verf. mit dem einschlägigen Quellenmaterial vollauf vertraut. Ich vermochte dies hier an der Hand des von mir vor kurzem für den Artikel reciperatio in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie gesammelten Quellenmaterials nachzuprüfen. Daß ich auch hier nicht überall zustimmen kann, ist nicht verwunderlich für jeden, der die trümmerhafte Überlieferung bedauert. So „halte ich es" nach wie vor mit Wlassak in Auslegung von Cic. pro Tull. c. 17 § 41, anders der Verf. 217[6]. Ferner kann nicht wohl der Zeugniszwang, das testibus denuntiare, das bei rekuperatorischem Verfahren erwähnt wird (l. Mamil. c. 5, 16f. ed. Venafr. 66f. Prob. Jur. Not. 5, 8. l. Urson. c. 95, 4f. 13—15), als Besonderheit gerade dieses Verfahrens von dem angenommen werden, der Wlassaks Auffassung vom Wahlrecht der Parteien (Prozeßges. I 107f. II 309 u. ö.) teilt. Denn dann hätten es die Parteien ja in der Hand gehabt, den Zeugniszwang auch auf Zivilsachen auszudehnen, wenn sie Rekuperatoren verlangt hätten. Dagegen Quint. Inst. 5, 7, 9. Der Verf. neigt (S. 212 bis 214) dagegen zu der von Girard, Organis. I 103[1] vorgezogenen Auffassung, die schon Huschke, Krit. Jahrb. 1837, 897ff. vertreten hat, daß Zeugniszwang Eigentümlichkeit des rekuperatorischen Verfahrens sei. Richtig m. E. Rudorff, Z. G. R. IX 406—408. Mommsen, Jur. Schr. I 233. So auch Puchta, Instit. I § 174 r).

Diese Einzelheiten mögen zeigen, wie anregend der Verf. Fragen zu stellen weiß, deren Beantwortung, so detailliert die Frage scheinen mag, doch an die grundlegenden Prinzipien der Gerichtsverfassung und des Gerichtsverfahrens nicht minder rührt, als an die Grundsätze des materiellen Kriminalrechts. Der Raum verbietet mir, mehr Einzelheiten zu erwähnen. Es ist auch nicht der Zweck dieser Zeilen, über ein zu zwei Bänden angeschwollenes Referat über Mommsen

ein neues Referat zu verfassen. Aber wer sich über strafrechtliche Themen des römischen Rechts zu arbeiten vornimmt, wird an den angezeigten zwei Bänden nicht vorübergehen. Ich zitiere nun noch einigen Überschriften. Das Schlußkapitel des ersten Bandes behandelt Fälle außerordentlicher Strafgerichtskommissionen; der zweite Band handelt eingehend vom Repetundenprozeß, vom Exil- und verwandten Freiheitsstrafen, von den Geschworenengerichten in Strafsachen, von Gerichtshöfen der Kaiserzeit und der höchsten Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst, also, wie das ganze Werk, mehr von strafprozeß- als materiell strafrechtlichen Themen.

Bequem für den Benützer und bei einer Arbeit dieser Art freilich auch notwendiger noch als bei monographischer Behandlung einer Frage ist die Beigabe eines ausführlichen Sachindex und Quellenindex. Ungewöhnt sind dem deutschen Leser die ins Einzelne gehenden 'References to modern authorities'. Sie würden bei manchem anderen wissenschaftlichen Werk dasselbe nicht unwesentlich beschweren. Aber der Vorteil auch eines solchen Literaturindex für rasche Orientierung des Lesers liegt auf der Hand.

München. Leopold Wenger.

Edouard Cuq, Un nouveau document sur l'Apokèryxis. (Extrait des Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres Tome XXXIX). Paris 1913.

In seinem Buch über die Stellung der Erbanwärter im römischen Recht (p. 180) hat F. v. Woeß jüngst darauf hingewiesen, daß die rhetorischen Schriften eine erschöpfende Würdigung vom juristischen Standpunkt aus noch nicht gefunden haben. Nirgends wohl macht sich dies in dem Maße fühlbar, wie bei dem in der vorliegenden Schrift behandelten Thema. Gerade die Tatsache, daß für die Lehre von der *ἀποκήρυξις* die Schriften der Rhetoren in erster Linie als Quellen in Betracht kommen, hat, wie auch Verf. in der Einleitung bemerkt, einer gesicherten Erkenntnis der näheren Ausgestaltung dieses Instituts hindernd im Wege gestanden (cf. auch Thalheim, Pauly-Wissowa s. v. *ἀποκήρυξις*). Diesem Mangel an zuverlässigem Quellenmaterial hat nach des Verf. Ansicht ein im Jahre 1912 von Jean Maspero edierter Papyrus mit einem Schlage abgeholfen. Der Interpretation dieses Papyrus ist die hier zu besprechende Abhandlung gewidmet.

Διήγημα ἀποκηρύξεως ist das uns interessierende Dokument überschrieben, das zusammen mit einer Pachtzinsquittung und mehreren poetischen Fragmenten auf dem Verso des Kaufvertrags Cairo Cat. 67097 erhalten ist (Verso D. = l. 27—90). Es ist dem Editor gelungen, den Autor festzustellen. Verfasser ist der aus den Urkunden der Cairener Sammlung bekannte *σχολαστικός*, spätere Notar Dioskoros, der sich, wie zahlreiche Fragmente bezeugen, auch als Dichter versucht hat. Über ihn hat Maspero in der Revue des Etudes grecques Bd. 24, p. 426—481 ausführlich gehandelt. Als Abfassungszeit läßt

sich mit einiger Sicherheit das Jahr 567 ermitteln (Cuq p. 51 f.), ungefähr die Zeit, in der die Ernennung des Dioskoros zum *νομικός* erfolgt sein muß.

Wenn wir zunächst einmal von der Überschrift und dem einleitenden Satz absehen, können wir in unserem Text mit Cuq p. 19 folgende vier Abschnitte unterscheiden: 1. l. 30—51, enthaltend die causa abdicationis, die Verfehlungen der Tochter, die den Anlaß der Verstoßung bilden. 2. l. 52—77, die *ἀποκήρυξις*, genauer gesagt die *ἀποταγή*-Erklärung (cf. hierzu p. 29. Der Papyrus zeigt, daß die Begriffe *ἀποταγή* und *ἀποκήρυξις* zu trennen sind; *ἀποταγή* ist die Verstoßungserklärung, *ἀποκήρυξις* bedeutet genau genommen nur die öffentliche Bekanntmachung dieser Erklärung). 3. l. 77—86, Gesuch an die Lokal-Magistrate des Dorfes Aphrodito und den *ἔκδικος* um Publikation der Urkunde durch öffentlichen Aushang. 4. l. 86—90, die Versicherung des Vaters, daß er die *ἀποκήρυξις*, die *ἐκ διαλαλιᾶς φοβερωτάτων δικαστηρίων* bestätigt sei, dem Gesetz gemäß vorgenommen habe: *ἐκ θείων νόμων τὴν παροῦσαν ἀποκήρυξιν ἀνέθηκα.*

Masperos Auffassung dieses Dokumentes als einer rhetorischen Stilübung, die mehrfach Zustimmung gefunden hat (cf. diese Zeitschrift Bd. 33 p. 628, ferner Zucker, Byzantinische Zeitschrift Bd. 21 p. 558), stellt Verf. die andere, a priori denkbare Erklärung entgegen. Nach Cuq haben wir keine literarische Arbeit vor uns, sondern eine Urkunde resp. einen Urkundenentwurf: c'est la scheda d'un acte judiciaire, préparée en vue de la publicité, après que l'apokèryxis a été homologuée par le tribunal (p. 53).

Die Tragweite dieser These ist ohne weiteres klar: während der Text als rhetorische Übung für die rechtsgeschichtliche Untersuchung nur mit äußerster Reserve verwertbar wäre, würde er als Urkundenentwurf große rechtshistorische Bedeutung gewinnen. Er wäre geeignet, die Widerstandsfähigkeit eines provinzialen Rechtsinstituts auch gegenüber der Justinianischen Kodifikation zu erweisen und unsere Vorstellungen vom Fortbestand des Volksrechts in interessanter Weise zu bereichern.

Eine Vorfrage war zunächst zu erledigen: Können wir überhaupt damit rechnen, daß das griechische Institut der *ἀ.* sich bis ins 6. nachchristliche Jahrhundert hinein erhalten hat? Man wird nicht zögern, diese Frage mit Cuq (p. 7—15) zu bejahen. Verf. (p. 9) findet die Erklärung für den Fortbestand der *ἀ.* darin, que la loi ne l'avait pas prohibée; elle s'était contentée de lui refuser sa sanction (arg. C. J. 8, 46, 6 abdicatio ..... romanis legibus non *comprobatur*, cf. dazu als Gegensatz etwa die Bestätigung des Volksrechts durch kaiserliche Verordnung im Fall des *ἔγκλημα τυμβωρυχίας*, worauf Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht p. 101 aufmerksam gemacht hat). Aber wie dem auch sei, die *ἀ.* gehört zu denjenigen Instituten, von denen es ganz sicher bezeugt ist, daß sie sich dem Reichsrecht gegenüber erfolgreich behauptet haben. Neuere Funde, wie Pap. Oxy. IX Nr. 1208 haben nur bestätigt, was Mitteis l. c. p. 212—214 ausgeführt hat. Und wenn es auch zunächst etwas gewagt erscheinen könnte, schon aus der Tat-

sache der Aufnahme der oben zitierten Diokletianischen Konstitution in den Cod. Just. zu folgern, daß die ἀ. noch zu Justinians Zeit praktisch war (Cuq p. 9), so dürfen wir dies jetzt wohl mit Beruhigung unterstellen, nachdem Triantaphyllopoulos in seiner Schrift über die lex Falcidia im byzantinischen Recht (Athen 1912) gezeigt hat, daß „die ἀποκήρυξις, die sich in manchen byzantinischen Quellen an Stelle der exheredatio findet, noch heute als Begriff im ganzen griechischen Volke fortlebt" (Triantaphyllopoulos l. c. p. VI).

Ich brauche die Argumente des Verf. nicht im einzelnen durchzugehen. Nur drei Punkte, die m. E. besonderes Interesse verdienen, seien berührt.

Verf. legt ausführlich dar (S. 45f.), daß der Stil unseres Textes, obwohl celui d'un rhéteur (p. 43), mit dem gleichzeitigen Urkundenstil die weitestgehende Verwandtschaft zeigt. Aber was folgt hieraus? Doch nur, daß ein Urkundenentwurf vorliegen kann. Selbst wenn der Verfasser des διήγημα nicht Notar gewesen wäre, brauchte diese stilistische Übereinstimmung nicht zu überraschen. Der byzantinische Urkundenstil ist eben im hohen Grade von der Rhetorik beeinflußt, wie jetzt auch in der Edition der Münchener Byzantinischen Papyri[1]) p. 16 mit Recht hervorgehoben wird. Ich erinnere, um nur ein Beispiel anzuführen, an die byzantinischen Ehescheidungsurkunden, insbesondere an deren stereotypen Hinweis auf den πονηρὸς δαίμων als Störer der Ehe (z. B. Grenf. II 76; Flor. 93; Cairo Cat. 67121; 67153; 67154 R und 67155), womit man Libanius (ed. Förster) decl. 46, Bd. VII p. 558 δαίμων πονηρὸς τῇ συζυγίᾳ φθονεῖ vergleiche.

Der zweite Punkt, den ich nicht unerwähnt lassen darf, betrifft das in den oben angeführten Worten der l. 88 genannte Gesetz, auf das auch in l. 53, 55, 71, 75 hingewiesen wird. Welche Bewandtnis hat es hiermit? Stehen wir, wie Maspero will, einer literarischen Arbeit gegenüber, so braucht diesem Hinweis auf die θεῖοι νόμοι keine weitere Bedeutung zuzukommen, wie der häufig sich findenden Erwähnung eines die ἀποκήρυξις regelnden Gesetzes in den Deklamationen der Rhetoren; ich nenne als Beispiel folgende Stellen aus den Deklamationen des Libanius (ed. Förster): Decl. 27 Bd. VI p. 555; Decl. 33 Bd. VII p. 95; Decl. 46 Bd. VII p. 563; Decl. 47 Bd. VII p. 591. Ganz anders, wenn ein Urkundenentwurf vorliegt. Dann käme man zu dem Ergebnis, daß in unserem Text auf eine justinianische Novelle Bezug genommen wird. Dürfen wir annehmen, daß ein Gesetz Justinians die ἀ. anerkannt und geregelt habe, ein Gesetz, von dem uns keine Spur erhalten ist? Verf. bejaht diese Frage (p. 53—60), ohne sich die Bedenken zu verhehlen, die seiner Annahme entgegenstehen, und es gelingt ihm m. E. auch hier, von der Möglichkeit seiner Ansicht zu überzeugen. Das Schweigen der Überlieferung kann nicht als entscheidend

---

[1]) Herr Prof. Wenger hat mir die Korrekturbogen der Edition in liebenswürdigster Weise zur Einsicht überlassen, wofür ihm auch hier verbindlichst gedankt sei.



sich mit einiger Sicherheit das Jahr 567 ermitteln (Cuq p. 51 f.), ungefähr die Zeit, in der die Ernennung des Dioskoros zum νομικός erfolgt sein muß.

Wenn wir zunächst einmal von der Überschrift und dem einleitenden Satz absehen, können wir in unserem Text mit Cuq p. 19 folgende vier Abschnitte unterscheiden: 1. l. 30—51, enthaltend die causa abdicationis, die Verfehlungen der Tochter, die den Anlaß der Verstoßung bilden. 2. l. 52—77, die ἀποκήρυξις, genauer gesagt die ἀποταγή-Erklärung (cf. hierzu p. 29. Der Papyrus zeigt, daß die Begriffe ἀποταγή und ἀποκήρυξις zu trennen sind; ἀποταγή ist die Verstoßungserklärung, ἀποκήρυξις bedeutet genau genommen nur die öffentliche Bekanntmachung dieser Erklärung). 3. l. 77—86, Gesuch an die Lokal-Magistrate des Dorfes Aphrodito und den ἔκδικος um Publikation der Urkunde durch öffentlichen Aushang. 4. l. 86—90, die Versicherung des Vaters, daß er die ἀποκήρυξις, die ἐκ διαλαλιᾶς φοβερωτάτων δικαστηρίων bestätigt sei, dem Gesetz gemäß vorgenommen habe: *ἐκ θείων νόμων τὴν παροῦσαν ἀποκήρυξιν ἀνέθηκα.*

Masperos Auffassung dieses Dokumentes als einer rhetorischen Stilübung, die mehrfach Zustimmung gefunden hat (cf. diese Zeitschrift Bd. 33 p. 628, ferner Zucker, Byzantinische Zeitschrift Bd. 21 p. 558), stellt Verf. die andere, a priori denkbare Erklärung entgegen. Nach Cuq haben wir keine literarische Arbeit vor uns, sondern eine Urkunde resp. einen Urkundenentwurf: c'est la scheda d'un acte judiciaire, préparée en vue de la publicité, après que l'apokèryxis a été homologuée par le tribunal (p. 53).

Die Tragweite dieser These ist ohne weiteres klar: während der Text als rhetorische Übung für die rechtsgeschichtliche Untersuchung nur mit äußerster Reserve verwertbar wäre, würde er als Urkundenentwurf große rechtshistorische Bedeutung gewinnen. Er wäre geeignet, die Widerstandsfähigkeit eines provinzialen Rechtsinstituts auch gegenüber der Justinianischen Kodifikation zu erweisen und unsere Vorstellungen vom Fortbestand des Volksrechts in interessanter Weise zu bereichern.

Eine Vorfrage war zunächst zu erledigen: Können wir überhaupt damit rechnen, daß das griechische Institut der ἀ. sich bis ins 6. nachchristliche Jahrhundert hinein erhalten hat? Man wird nicht zögern, diese Frage mit Cuq (p. 7—15) zu bejahen. Verf. (p. 9) findet die Erklärung für den Fortbestand der ἀ. darin, que la loi ne l'avait pas prohibée; elle s'était contentée de lui refuser sa sanction (arg. C. J. 8, 46, 6 abdicatio ..... romanis legibus non *comprobatur*, cf. dazu als Gegensatz etwa die Bestätigung des Volksrechts durch kaiserliche Verordnung im Fall des ἔγκλημα τυμβωρυχίας, worauf Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht p. 101 aufmerksam gemacht hat). Aber wie dem auch sei, die ἀ. gehört zu denjenigen Instituten, von denen es ganz sicher bezeugt ist, daß sie sich dem Reichsrecht gegenüber erfolgreich behauptet haben. Neuere Funde, wie Pap. Oxy. IX Nr. 1208 haben nur bestätigt, was Mitteis l. c. p. 212—214 ausgeführt hat. Und wenn es auch zunächst etwas gewagt erscheinen könnte, schon aus der Tat-

sache der Aufnahme der oben zitierten Diokletianischen Konstitution in den Cod. Just. zu folgern, daß die ἀ. noch zu Justinians Zeit praktisch war (Cuq p. 9), so dürfen wir dies jetzt wohl mit Beruhigung unterstellen, nachdem Triantaphyllopoulos in seiner Schrift über die lex Falcidia im byzantinischen Recht (Athen 1912) gezeigt hat, daß „die *ἀποκήρυξις*, die sich in manchen byzantinischen Quellen an Stelle der exheredatio findet, noch heute als Begriff im ganzen griechischen Volke fortlebt“ (Triantaphyllopoulos l. c. p. VI).

Ich brauche die Argumente des Verf. nicht im einzelnen durchzugehen. Nur drei Punkte, die m. E. besonderes Interesse verdienen, seien berührt.

Verf. legt ausführlich dar (S. 45f.), daß der Stil unseres Textes, obwohl celui d'un rhéteur (p. 43), mit dem gleichzeitigen Urkundenstil die weitestgehende Verwandtschaft zeigt. Aber was folgt hieraus? Doch nur, daß ein Urkundenentwurf vorliegen kann. Selbst wenn der Verfasser des *διήγημα* nicht Notar gewesen wäre, brauchte diese stilistische Übereinstimmung nicht zu überraschen. Der byzantinische Urkundenstil ist eben im hohen Grade von der Rhetorik beeinflußt, wie jetzt auch in der Edition der Münchener Byzantinischen Papyri[1]) p. 16 mit Recht hervorgehoben wird. Ich erinnere, um nur ein Beispiel anzuführen, an die byzantinischen Ehescheidungsurkunden, insbesondere an deren stereotypen Hinweis auf den *πονηρὸς δαίμων* als Störer der Ehe (z. B. Grenf. II 76; Flor. 93; Cairo Cat. 67121; 67153; 67154 R und 67155), womit man Libanius (ed. Förster) decl. 46, Bd. VII p. 558 *δαίμων πονηρὸς τῇ συζυγίᾳ φθονεῖ* vergleiche.

Der zweite Punkt, den ich nicht unerwähnt lassen darf, betrifft das in den oben angeführten Worten der l. 88 genannte Gesetz, auf das auch in l. 53, 55, 71, 75 hingewiesen wird. Welche Bewandtnis hat es hiermit? Stehen wir, wie Maspero will, einer literarischen Arbeit gegenüber, so braucht diesem Hinweis auf die *θεῖοι νόμοι* keine weitere Bedeutung zuzukommen, wie der häufig sich findenden Erwähnung eines die *ἀποκήρυξις* regelnden Gesetzes in den Deklamationen der Rhetoren; ich nenne als Beispiel folgende Stellen aus den Deklamationen des Libanius (ed. Förster): Decl. 27 Bd. VI p. 555; Decl. 33 Bd. VII p. 95; Decl. 46 Bd. VII p. 563; Decl. 47 Bd. VII p. 591. Ganz anders, wenn ein Urkundenentwurf vorliegt. Dann käme man zu dem Ergebnis, daß in unserem Text auf eine justinianische Novelle Bezug genommen wird. Dürfen wir annehmen, daß ein Gesetz Justinians die ἀ. anerkannt und geregelt habe, ein Gesetz, von dem uns keine Spur erhalten ist? Verf. bejaht diese Frage (p. 53—60), ohne sich die Bedenken zu verhehlen, die seiner Annahme entgegenstehen, und es gelingt ihm m. E. auch hier, von der Möglichkeit seiner Ansicht zu überzeugen. Das Schweigen der Überlieferung kann nicht als entscheidend

[1]) Herr Prof. Wenger hat mir die Korrekturbogen der Edition in liebenswürdigster Weise zur Einsicht überlassen, wofür ihm auch hier verbindlichst gedankt sei.

angesehen werden, zumal wenn man mit dem Verf. an ein nur für bestimmte Reichsteile erlassenes Gesetz denkt; sind uns doch keineswegs sämtliche justinianischen Gesetze erhalten — bekanntlich hat Zachariae von Lingenthal die Existenz einer alexandrinischen Novellensammlung angenommen, der die 13 Edikte der Venezianer Handschrift entnommen seien — und versagt doch die griechische Novellensammlung für die Jahre 544—565, also gerade für die Zeit, die hier in Betracht kommen könnte. Und daß das Rechtsinstitut der *ἀποκήρυξις* in dieser Periode noch lebenskräftig genug war, um sich die Anerkennung der offiziellen Gesetzgebung zu erkämpfen, werden wir unter Berufung auf die oben herangezogene Feststellung von Triantaphyllopoulos ebenfalls zugeben dürfen. Wenn aber Cuq des näheren den Grund dieser gesetzlichen Anerkennung darin finden will, daß die Novelle 115 vom Jahre 542 die Enterbung der Deszendenten nur in den dort bestimmten 14 Fällen zuläßt (Il fut désormais impossible d'attribuer à l'apokèryxis une valeur juridique par voie d'exhérédation, lorsque le fait qui la motivait n'était pas prévu par la Novelle CXV p. 58), so kann ich hier einen Zweifel nicht unterdrücken. Es steht dieser Annahme m. E. entgegen, daß wir, wie Woeß l. c. p. 188 gezeigt hat, den wichtigsten Enterbungsgründen des justinianischen Rechts in der Rhetorik als causae abdicationis begegnen. Eher würde ich vermuten, daß die Rechtswirkungen inter vivos, die die *ἀποκήρυξις* im Gegensatz zur exheredatio erzeugt (cf. p. 35, 36), für die gesetzliche Anerkennung entscheidend gewesen sein könnten. Diese hätte — was übrigens geeignet wäre, als Argument für die eben ausgesprochene Vermutung zu dienen — wie l. 70f. zu ergeben scheinen, die Wirkung der *ἀ.* in einem wichtigen Punkte abgeschwächt: der Pflichtteil, *τὸ ἀπὸ νόμων προωρισμένον φαλκίδιον* kann anscheinend durch die Verstoßung nicht entzogen werden. Die Novelle hätte demnach für die *ἀ.* die gleiche Regelung getroffen, wie das syrisch-römische Rechtsbuch für die Enterbung (cf. Woeß p. 271). Die Ansicht T.s (p. VI, 85), nach der die *ἀ.* auch im byzantinischen Recht den vollständigen Ausschluß von der Erbschaft zur Folge gehabt hätte, wäre dann hiernach zu berichtigen. Eine weitere Bestimmung des justinianischen Gesetzes folgert Cuq (p. 29, 30, 33) m. E. ohne zureichenden Grund aus l. 57, 87 und 90: die Statuierung der Unwiderruflichkeit der Verstoßung, die nicht nur gegenüber Lucian (p. 29), sondern auch gegenüber Libanius eine Neuerung wäre. Der decl. 48 des Libanius (ed. Foerster, Bd. VII p. 612—639) liegt die Vorstellung von der Widerruflichkeit der Verstoßung zugrunde, cf. auch decl. 47 Bd. VII p. 607 *οὐ γὰρ λύσει τὴν ἀποκήρυξιν.*

Der dritte Punkt endlich ist derjenige, welcher dem Verf. die größte Schwierigkeit machen mußte. Was soll bei einem Urkundenentwurf die Überschrift *διήγημα ἀποκηρύξεως* und die sich daran anschließende durchaus rhetorische Einleitung: *τοῖς ἐν τῷ βίῳ σεμνῷ τῶν ἀκιβδήλων γάμων ἡγησαμένοις τὰ χρηστὰ ἐφευρεῖν ὁμοιούμενα καὶ τῆς αὐτῶν σωφροσύνης καὶ ὑποταγῆς ἐν ἅπασιν ἀπολαύεσθαι?* Auch hierfür weiß Verf. vom Standpunkt seiner Hypothese aus eine plausible und scharf-

sinnige Erklärung zu geben. Er verweist (p. 48) auf die narratio causae, *διήγησις τῆς ὑποθέσεως*, die erforderlich war, um die richterliche Bestätigung der *ἀ.* zu erlangen. Den zur Publikation bestimmten Auszug aus dieser *διήγησις* enthalte unser Text in seinem ersten Teil (bis l. 51). Gerade daraus, daß diese hier nicht vollständig wiedergegeben sei, erkläre sich die Bezeichnung *διήγημα*, wofür sich Cuq auf die Definition eines Lexikographen *διήγησις ὅλον τὸ σύγγραμμα .... διήγημα δὲ μέρος τι* berufen kann. Die oben angeführte Einleitung habe nur die Aufgabe, die allgemeine Aufmerksamkeit auf die durch Aushang publizierte Urkunde zu lenken (p. 53). Man wird gegen diese Deutung nicht als ausschlaggebend geltend machen wollen, daß in unserem Papyrus die Worte *διήγημα ἀποκηρύξεως* als Überschrift des ganzen Textes, nicht nur der l. 28—51 figurieren — haben wir es doch auf jeden Fall, mag nun ein Urkundenentwurf oder eine rhetorische Übung vorliegen, nur mit einem Brouillon zu tun —, und daß auch der übrige Teil des Dokumentes in den Rahmen einer zusammenhängenden Erzählung sehr wohl hineinpaßt. Daß der Verf. die Möglichkeit seiner Auffassung bewiesen hat, darf m. E. ohne Bedenken zugegeben werden. Für wirklich zwingend aber halte ich keines seiner Argumente, weder den Hinweis darauf, daß Dioskoros zur Zeit der Abfassung des Textes wahrscheinlich schon Notar war, noch die Konstatierung der allerdings auffallenden Tatsache, daß in l. 79 als Ort der Publikation das Dorf Aphrodito angegeben wird, während der Text wahrscheinlich in Antinoe geschrieben ist (p. 52). Es wären, glaube ich, stärkere Beweisgründe erforderlich, um Maspero zu widerlegen, dessen Auffassung wir doch wohl eine gewisse Präsumption der Richtigkeit zuerkennen müssen, wenn wir berücksichtigen, daß *διήγημα* als terminus technicus der rhetorischen Literatur eine bestimmte Kategorie der Stilübungen, der Progymnasmata bezeichnet[1]), und daß das *ἀποκήρυξις*-Thema durch die Jahrhunderte hindurch mit immer gleicher Vorliebe von der Rhetorik behandelt wird. Läge uns der Text nur von l. 52 an vor, niemand würde, wie Verf. mit Recht bemerkt (p. 47), Bedenken tragen, dem Fragment juristischen Charakter zuzuschreiben. Aber andererseits bestünde ebensowenig Anlaß, an dem literarischen Charakter des Dokumentes zu zweifeln, wenn uns nur dessen erster Teil erhalten wäre. Wenn wir nun auf Grund des ganzen Textes ohne Parallelstücke zu einer sicheren Entscheidung nicht kommen können, so dürfen wir vielleicht gerade die Form des *διήγημα* dafür verantwortlich machen, zu deren *ἀρεταί* die Rhetoren die *πιθανότης* der Darstellung zählen (Walz, Rhetores graeci I p. 183; III p. 453).[2])

Lausanne, November 1913. H. Lewald.

[1]) Christ, Geschichte der griechischen Literatur, 4. Aufl. p. 782; Näheres über die *διηγήματα* bei Reichel, Quaestiones progymnasmaticae 1909 p. 51 ff. — [2]) An der zuletzt zitierten Stelle heißt es in der *τέχνη ῥητορική* des Rufus: *πιθανότης (λέγεται), ὅταν τὰ ἀληθῆ καὶ δυνάμενα πιστευθῆναι δηλῶμεν.*

Rafael Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien, Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts. Berlin 1913, 88 S.

Verfasser vereinigt unter dem angegebenen Titel vier in der Krakauer Akademie der Wissenschaften gelesene Abhandlungen, die sich mit einzelnen Fragen des Vormundschaftsrechts beschäftigen.

I. Die erste Erörterung ist dem nach Rudorff bekanntlich von Lenel (Ed. [2] 306) und Karlowa (RG. II 1187) behandelten Edikt „de administratione tutorum" gewidmet und zwar insbesondere dem Verhältnis der einzelnen Ediktsklauseln zueinander und ihrem Zusammenhang mit dem Ulpianischen Ediktskommentar. Verfasser geht hierbei von der Frage aus, ob das Edikt eine Klausel über die Kautionspflicht der Vormünder enthalten habe und er bejaht sie (im Ergebnis übereinstimmend mit Rudorff und Karlowa, im Gegensatz zu Lenel) vornehmlich auf Grund von Gai. Inst. I 199 („curat praetor") und D. 26, 2, 19, 1. Als widerlegt möchte ich Lenel allerdings nicht ansehen, denn bei der ersterwähnten Stelle besteht die Möglichkeit, daß das dort erwähnte curare des Prätors auch in anderer Weise als durch Edikt erfolgt ist (vgl. auch Kniep, Kom. I 312, 313). Und das aus D. 26, 2, 19, 1 hergeleitete arg. e contrario ist m. E. zwar möglich, aber auch nicht zwingend. T. meint: Ulpians Worte, hoc edictum de satisdatione ad tutores testamentarios pertinet, deuten darauf hin, „daß es außerdem noch ein anderes auf andere Vormünder bestimmtes Satisdationsedikt gegeben hat", Ulpian kann aber auch gemeint haben, das Edikt sei nur restriktiv auf testamentarische Vormünder und nicht auf andere anzuwenden, für die kein Edikt galt. Zu endgültiger Entscheidung langt das Material m. E. nicht aus.

T. behandelt sodann unter Weiterführung seines Gedankens die Frage, auf welche Vormünder sich das die Satisdationspflicht regelnde Edikt bezog. Während es Rudorff auf sämtliche Vormünder, Karlowa nur auf die gesetzlichen und obrigkeitlichen (die testamentarischen sollten durch besondere Klausel befreit gewesen sein) bezogen wissen wollten, meint T., es könne ursprünglich nur die obrigkeitlichen und zwar die tutores ex lege Atilia getroffen haben; denn sonst „wären die Zweifel unverständlich, die die Juristen gerade hinsichtlich der gesetzlichen und testamentarischen Vormünder erheben". T. findet diese Zweifel in dem certo certius est und certum est von D. 26, 2, 17 pr., bzw. D. 26, 4, 5, 1. Bestimmtes läßt sich m. E. auch hier nicht sagen. Man kann aus diesen Sätzen allerdings schließen, daß ihnen eine den Juristen vorgelegte Zweifelsfrage zugrunde lag, aber sicher ist das m. E. nicht (vgl. Karlowa II 1187), die Worte können auch den festen Ausgangspunkt für eine erst im folgenden angeschlossene Entscheidung einer Frage gebildet haben (vgl. besonders die erste Stelle). T. rekonstruiert alsdann auf Grund von D. 26, 4, 5, 1 (utrum — dationem hält er aus sprachlichen Gründen für itp.) und D. 26, 2, 17 pr. den Kommentar Ulpians zur fraglichen Klausel.

Hierauf wendet sich Verfasser zu der — seiner Ansicht nach zweiten — Satisdationsklausel, nach der demjenigen unter mehreren testamentarischen Mitvormündern, der sich zur Satisdation erbietet, die Administration unter der Voraussetzung versprochen wird, daß die übrigen sich nicht gleichfalls dazu bereit erklären. Hierbei stellt er in einleuchtender Weise auf Grund von Lenels Palingenesie Ulpians Kommentar zu dieser Klausel wieder her, wobei eine Reihe von Interpolationen aufgedeckt werden. Nach T. ist die Ordnung des Kommentars die folgende: In D. 26, 2, 17 (Pal. 995) wird zunächst der Inhalt des Edikts wiedergegeben (nam — subire seien itp.), dann wird die Möglichkeit erörtert, daß einer oder mehrere oder keiner der Mitvormünder provozieren (D. 26, 2, 19 pr., Pal. 996); hierauf wird das Anwendungsgebiet des Edikts bestimmt (D. 26, 2, 19, 1, Pal. 998). Dabei wird zunächst festgestellt, daß das Edikt sich ursprünglich auf die testamentarischen Vormünder bezog, daß es aber durch die interpretatio auf die tutores ex inquisitione ausgedehnt worden sei (D. 26, 2, 19, 1). Endlich wird die Frage erwogen, ob das Edikt nicht auch auf die legitimi und patroni anwendbar sei (D. 26, 4, 5 §§ 3, 4, Pal. 1000, magis — provocationem itp.).

Sodann wendet sich Verf. der Ediktsklausel „de maiore parte“ zu, nach der bei mehreren testamentarischen Vormündern dem vom Testator bestimmten die Verwaltung zusteht, während in Ermangelung einer Anordnung das Recht zur Bestimmung des geschäftsführenden Vormundes auf die maior pars der Vormünder übergeht (J. 1, 24, 1, D. 26, 2, 19, 1, D. 46, 7, 3, 5, D. 3, 1, 3 pr.). Verf. bespricht den Ausbau der knappen ediktalen Bestimmungen durch die Jurisprudenz, wobei Ulpians Kommentar zu der Klausel und besonders die sedes materiae D. 26, 7, 3 §§ 1—9 (Pal. 999) einer eingehenden Erörterung unterworfen werden.

II. In der zweiten Abhandlung (S. 27—46) erörtert T. das bislang wenig behandelte Verhältnis zwischen der suspecti accusatio und der suspecti remotio, der Anklage und der Absetzung des verdächtigen Vormundes.[1]) Nach Erläuterung des Ulpianischen Kommentars (D. 26, 10, 1) behandelt Verf. in klarer Darstellung eine Menge Einzelfragen und zwar zunächst aus der Lehre von der suspecti postulatio (auf deren attisches Gegenstück, die *δίκη κακώσεως οἴκου ὀρφανικοῦ* kurz hingewiesen wird) das ius cognitionis, die Aktiv- und Passivlegitimation, die Gründe, aus denen jemand als suspekt postuliert werden kann, sowie die das Verfahren endigende pronuntiatio, ferner in gleicher Weise aus der Lehre von der remotio die Personen, die removiert werden können, die Gründe, das Verfahren u. a., wobei mehrfach Interpolationen aufgedeckt werden. Am Schlusse der Abhandlung sucht T. das historische Verhältnis der einzelnen Klauseln des Edikts „de administratione tutorem“ zu bestimmen. Dabei schließt er aus dem Umstande, daß Ulpian in seinem Kommentar und auch sonst (D. 26,

---

[1]) Vgl. hierzu jetzt auch Solazzi, la minore età (1913) S. 259—272.

2, 19, 1), ebenso wie die Institutionen, die Satisdationsklausel vor der Klausel „de maiore parte" behandelt, daß die erste Klausel die ältere sei. Da nun die Klausel de maiore parte schon zu Labeos Zeit bekannt gewesen sei, müsse die Satisdationsklausel in die republikanische Zeit zurückgehen. Wenn ich die Möglichkeit dieses Schlusses auch nicht unbedingt in Abrede stellen möchte, so kann ich ihn doch auch nicht für überzeugend erachten. Was an erster Stelle steht, braucht nicht immer der ältere Bestandteil zu sein, es gibt doch auch Einschiebungen.

III. Der folgende Aufsatz ist der Lehre vom curator impuberis gewidmet (S. 47—68). Verf. geht hier die verschiedenen Erscheinungsformen durch, in denen das Institut nach seiner völligen Ausbildung im Justinianischen Recht auftritt (vergl. Peters, diese Zeitschrift 32, 224), und er sucht festzustellen, ob diese Fälle im klassischen oder im Justinianischen Recht ihren Ursprung haben. Zuerst wird die adiunctio, die Beigabe eines Kurators behandelt (D. 26, 1, 13 pr., Paul. II 29, D. 26, 7, 9, 8, D. 26, 10, 9 sowie die anders gearteten Fälle C. 5, 62, 11 und 5, 43, 6). Sie ist klassischen Ursprunges. Dem Vormund verbleibt hier die Möglichkeit zur auctoritatis interpositio — im Gegensatz zu der zweiten Gruppe von Fällen, bei denen der curator impuberis an Stelle eines tutors eingesetzt wird. Dies geschieht bei physischer oder rechtlicher Verhinderung des Vormundes (z. B. absentia, relegatio, Krankheit usw.). Von den verschiedenen eingehend behandelten Fällen sei hier der der absentia herausgegriffen. In älterer Zeit wurde, wie Verf. auf Grund von Gai. I 173 und D. 26, 5, 11 (Celsus) ausführt, hier noch kein Curator gewährt (die Frau, die nicht unter Patronatstutel stand, hatte das Recht, an Stelle eines abwesenden einen andern Vormund zu verlangen). Wenn bei Tryphonin (D. 27, 2, 6) ein Kurator impuberis gewährt werde, so beruht dies, wie T. wahrscheinlich macht, auf Interpolation.

Die dritte und letzte Form der cura impuberis ist die der Gleichstellung mit der curatel (64ff.). Den hierher gehörigen Stellen liegt der Gedanke zugrunde, daß es gleichgültig sei, ob einem vormundslosen Mündel ein tutor vel curator bestellt werde (vgl. die Aufzählung bei Karlowa RG. II 1195 A. 2). Man wird T. hier zustimmen können, daß sich eine Gleichstellung der tutela und der cura impuberis für das klassische Recht nicht nachweisen läßt. Danach erscheint auch die vom Verf. angenommene Entwickelung des Instituts nicht unwahrscheinlich: zunächst ein „Aushilfsinstitut", bloße Beiordnung des Kurators neben den Vormund, später an seiner Stelle, schließlich selbständige Stellung neben dem tutor.

IV. Die letzte Studie betrifft die gesetzliche Vormundschaft über Frauen nach der Constitutio Antonina, also ein Kapitel aus dem Gebiete „Reichsrecht und Volksrecht". Verf. beschäftigt sich insbesondere mit der Frage nach dem Fortleben der gesetzlichen Vormundschaft über Frauen im hellenistischen Rechtsgebiete und nach ihrer Einwirkung auf die Konstantinische Gesetzgebung.

Nach einem Referat über die bekannten Bestimmungen des attischen Rechts wird das gräko-ägyptische Recht besprochen. Hier ist hervorzuheben, daß Verf. einen Beleg für die bisher nur als wahrscheinlich betrachtete[1]) gesetzliche Vormundschaft über unmündige Frauen in Z. 7, 8 des in den Sitz.-Ber. der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 1911, 8. Abh., veröffentl. Papyrus erblickt. Verf. verbindet in dem *οὔτε κατ' ἀγχιστείαν ἀπογραψάμενοι οὔτε κατὰ διαθήκην ἀπολελειμμένοι ἐπίτροποι* die *ἐπίτροποι* nicht nur mit *ἀπολελειμμένοι* (so Gerhard in seiner Übersetzung), sondern auch mit *ἀπογραψάμενοι* (ebenso anscheinend auch Gradenwitz, Ein Erbstreit aus dem ptol. Äg. S. 3 A. 1), so daß also den testamentarischen Vormündern die gemäß der *ἀγχιστεία* berufenen gesetzlichen Vormünder gegenübergestellt wären.

Verf. bespricht sodann das röm. Recht, wobei er besonders auf die die Frauentutel aufhebende lex Claudia eingeht. Er verweist hierzu aber auf die Urkunden, die auch nach diesem Gesetze noch Agnaten zeigen, die sich bei der Vormundschaft betätigen (BGU. 729 Z. 2ff., Lond. II 178 Z. 2ff., Oxy. IV 727). Mit Recht wird jedoch hervorgehoben, daß sich eine dem Gesetz widersprechende Praxis hieraus nicht erschließen läßt, da nicht ersichtlich ist, ob die Mitwirkenden durch Testament, Obrigkeit oder nach altem Rechtsbrauch zugezogen werden. Verf. verfolgt hierauf das Fortwirken der gesetzlichen Frauentutel im Volksrecht der östlichen Reichshälfte auch nach Erlaß der Antonina und schließt mit einer Darstellung der Aufnahme des Instituts in der gräzisierenden Gesetzgebung Konstantins.

Die nach moderner Forschungsmethode exakt gearbeiteten Studien, die auch interessante exegetische Details enthalten, sind als förderliche Beiträge zum antiken Vormundschaftsrecht zu begrüßen.

Genf. Eberhard Friedrich Bruck.

Siro Solazzi, Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell' acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti, Modena 1911, 84 S.

Bereits in seiner Abhandlung Le azioni del pupillo e contro il pupillo hat Solazzi gegen die von Alibrandi begründete, heute in der italienischen Romanistik herrschende Lehre, nach der das klassische Recht Besitzerwerb durch Stellvertreter lediglich im Falle des procurator zulasse, Widerspruch erhoben und ihr die Auffassung entgegengestellt, daß außer durch den procurator schon im klassischen Recht auch durch den tutor und die Munizipalmagistrate Besitz erworben werden könne (Bull. dell' ist. di dir. rom. 23 p. 143). Diese These näher auszuführen und zu begründen ist die Aufgabe der vorliegenden Schrift. Zu ihr hat Albertario in seinen die Lehre vom Besitz behandelnden Lezioni di dir. rom. (Camerino 1912/13), die ich hier dank

[1]) Vgl. Mitteis, Chrestomatie II 1, 253, 254.

der Liebenswürdigkeit ihres Autors benutzen darf, ausführlich, im wesentlichen ablehnend, Stellung genommen.

Aus der Reihe der interessanten, in der Literatur unendlich oft diskutierten Probleme, die in den vorliegenden Untersuchungen berührt werden, soll hier eines herausgehoben werden: die Frage nach dem Erfordernis der tutoris auctoritas beim Besitzerwerb des pupillus, insbesondere des infans (S. unter 5 und 6 p. 15—30). Die neuere italienische Literatur hat sich angelegentlich mit dieser Streitfrage befaßt, ohne daß es gelungen wäre, auch nur in den Grundzügen eine Übereinstimmung zu erzielen. Das Resultat, zu dem Verf. gelangt, deckt sich zum Teil mit der von Perozzi vertretenen Ansicht: Der pupillus infantia maior erwirbt Besitz sine tutoris auctoritate; die entgegenstehenden Stellen sind interpoliert. Dagegen hält S. im Gegensatz zu Perozzi und Pacchioni die anormale tutoris auctoritas beim Besitzerwerb des infans für klassisch. Albertarios eben erwähnte Untersuchungen haben hier weiter geführt, wahrscheinlich sogar die Lösung gebracht. Es soll im folgenden versucht werden, in möglichster Kürze einen Überblick über den heutigen Stand der Frage zu geben.

S. stützt sich in der Hauptsache auf l. 1 § 3 D. 41, 2, in der er in Übereinstimmung mit Perozzi und Riccobono die Worte et pupillus sine tutoris auctoritate für interpoliert erklärt, sowie auf D. 41, 2, 32, 2: pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Die letztgenannte Stelle bildet den Ausgangspunkt Albertarios, dem es gelingt, hier eine m. E. äußerst fruchtbare terminologische Beobachtung zu machen. Paulus stellt hier dem infans den pupillus gegenüber. Hieraus folgert Albertario (Lezioni p. 430): Il pupillo cioè, in ordine all' acquisto del possesso, è parola che non comprende, come le altre volte accade, l'impubere che è ancora nell' età dell' infanzia e l'impubere che ha superato quell' età: la parola „pupillus" indica soltanto quest' ultimo (cf. auch p. 439), was zum mindesten für den Sprachgebrauch des Paulus zugegeben werden darf.[1] Die Terminologie Justinians dagegen ist eine andere: Die Kompilatoren verstehen unter pupillus auch in der Lehre vom Besitzerwerb sowohl den infans wie den impubes infantia maior. Auf Grund dieser Beobachtung bietet Albertario eine mich wenigstens durchaus überzeugende Interpretation derjenigen Stellen, die eine tutoris auctoritas beim Besitzerwerb des pupillus erwähnen. Wo der Klassiker beim Besitzerwerb vom pupillus spricht, meint er den impubes infantia maior, der im klassischen Recht ebensowenig wie im justinianischen zum Besitzerwerb der tutoris auctoritas bedarf. Justinian versteht unter pupillus auch den infans. Giustiniano, quando nei testi classici trova detto, che il pupillo acquista il possesso senza l'auctoritas tutoris, non afferrando più il significato che il termine „pupillo" in questo campo durante l'epoca

[1]) Daß in den vom Besitzerwerb handelnden Quellenstellen von pupillus öfters im Gegensatz zu infans gesprochen wird, ist auch Last, Fragen der Besitzlehre (S.-A. aus Jherings Jahrbüchern Bd. 26 u. 27) p. 23 aufgefallen.

classica aveva, sente il bisogno di distinguere tra il pupillo che ha l'animus possidendi e quello che non l'ha: il primo acquista senza l'auctoritas tutoris, il secondo mediante essa (p. 440). So erklären sich D. 41, 2, 1, 3 (d. et — auctoritate T; habent T; habet P; contingant T; contingat P; d. sed — possidere; quae — capiant T); D. 41, 2, 1, 11 (d. maxime — auctore T); 41, 3, 4, 2; 41, 2, 1, 13 (d. tutore auctore, wie auch S. p. 17 vermutet) und endlich D. 43, 26, 22, 1 (d. nam — auctoritati T).

Aus diesen Textveränderungen folgt m. E. noch nicht mit Notwendigkeit, daß der Besitzerwerb des infans tutore auctore justinianische Erfindung ist. Daß man interpolierte, wäre wohl durch den von Albertario konstatierten Bedeutungswechsel des terminus pupillus hinreichend erklärt, auch wenn das in diese Stellen hineininterpolierte Prinzip selbst schon dem klassischen Recht angehörte. Albertario geht weiter: er hält den Besitzerwerb des infans tutore auctore für byzantinisch, nicht nur auf Grund der eben angeführten Interpolationen, sondern auch auf Grund einer Exegese der beiden vom Besitzerwerb des infans handelnden Stellen C. J. 7, 32, 3 und D. 41, 2, 32, 2 (p. 419 bis 428). Seine Kritik der Konstitution des Decius, die von jeher eine crux der Interpreten war, scheint mir etwas radikal (A. rekonstruiert: Donatarum rerum vacua possessio, ne quidem per tutorem, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, infanti poterit adquiri). Gewiß sind seine Argumente sehr beachtenswert, insbesondere der Hinweis darauf, daß die Erwähnung der unter den Klassikern bestehenden Meinungsverschiedenheit (quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes) und die Art und Weise, wie die Streitfrage entschieden wird, wohl als Interpolationsindizien angesprochen werden dürfen. Tatsächlich findet sich, soweit ich sehe, im Cod. Just. auch nicht eine einzige vordiocletianische Konstitution, die sich als Parallele zu unserer Stelle anführen ließe. Aber darf man wirklich die Worte a quacunque persona des ersten Satzes streichen? Enthalten sie nicht einen deutlichen Hinweis auf die lex Cincia, wie dies neuestens auch von Last (l. c. p. 17), der eine sehr scharfsinnige Erklärung der Stelle gibt, angenommen wird? Aber wie dem auch sei, eines scheint mir sicher: für die Lehre vom Besitzerwerb durch den tutor als Stellvertreter muß die Konstitution — dies ist auch die Ansicht S.s (p. 27—30) — beiseite gelassen werden. Dies um so mehr, nachdem Peters (diese Zeitschrift Bd. 32 p. 205) durch den Hinweis auf den Sprachgebrauch der cretio Serapiadis (Bruns, Fontes[7] p. 319, 320) gezeigt hat, daß die Worte per tutorem im Schlußsatz der Stelle nicht eindeutig sind, sondern sich auch auf den Erwerb tutore auctore beziehen könnten. — Die für die Lehre vom Besitzerwerb des infans entscheidende Stelle ist D. 41, 2, 32, 2 (S. p. 19—21). Auch hier nimmt Albertario (p. 426 ff.) Interpolationen an. Die Stelle handelt zunächst vom infans, sodann vom pupillus, um am Schluß wieder auf den infans zurückzukommen. Diese seiner Ansicht nach wenig glückliche Disposition schreibt A. auf Rechnung der Byzantiner. Paulus habe etwa geschrieben: Infans possidere non potest, etiam si tutore auctore coepit,

sed peculiari nomine per servum possidere potest. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.

Ich wage kein Urteil darüber, ob diese Interpolationsannahmen begründet sind. Albertarios stärkstes Argument ist naturgemäß die Anomalie einer tut. auct. beim Besitzerwerb des infans. Aber darf man sich demgegenüber nicht doch vielleicht darauf berufen, daß für den infans und den infanti proximus eine benignior iuris interpretatio bezeugt ist (Gaius III 109), und daß auch der in D. 46, 6, 6 ausgesprochene Rechtssatz gegen die iuris ratio verstößt? Wäre aber, wie A. will, der Besitzerwerb des infans tutore auctore kompilatorischen Ursprungs, so würde damit ein Argument entfallen, das von Alibrandi und von Ferrini (Pandette p. 323 Note 2) gegen den Besitzerwerb des pupillus durch den tutor als Stellvertreter geltend gemacht worden ist.

Aber auch die anderen Argumente Alibrandis haben m. E. — Albertario p. 470—486 ist entgegengesetzter Ansicht — nicht allzuviel Gewicht. Selbst wenn der Schlußsatz von D. 41, 2, 23, 2 (neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo), den Albertario p. 474 im Anschluß an Bremer für interpoliert erklärt, klassisch wäre, bewiese er nichts; widerspricht ihm doch auch der Besitzerwerb durch den procurator (S. p. 5, 6). Daß ferner Gaius in seinen Institutionen (II, 95) und Paulus sent. rec. V, 2, 2 nur den procurator, nicht auch den tutor nennen, wird man beim Charakter dieser Schriften auch nicht als entscheidend betrachten dürfen (S. p. 6, ferner Last l. c. p. 85). Und daß endlich aus C. Th. 8, 12, 2 nicht die Unzulässigkeit des Besitzerwerbs durch den tutor als Vertreter gefolgert werden zu braucht, hat inzwischen Peters (l. c. p. 202, 203) in einleuchtender Ausführung dargetan. Wollte man aber die Peterssche Argumentation nicht gelten lassen, so würde m. E. C. Th. 8, 12, 2 nur für den i n f a n s die Unzulässigkeit des Besitzerwerbs durch den tutor ergeben. Diese Konsequenz zieht Solazzi p. 12, cf. ferner p. 23, 24.

Hatte Alibrandi seine These auf Erwägungen allgemeiner Natur gegründet, so legt demgegenüber S. das Hauptgewicht auf die Interpretation der einzelnen vom Besitzerwerb durch den tutor handelnden Quellenstellen. Es kommen hier vier Digestenfragmente in Betracht (6, 2, 7, 10; 13, 7, 11, 6; 41, 1, 13, 1; 41, 2, 1, 20), die in der Literatur der letzten Jahre mehrfach behandelt worden sind. Peters[1]), Kniep[2]) und Last[3]) sind bei ihren Untersuchungen (vom Fall des infans abgesehen) zu dem gleichen Ergebnis gelangt, wie Solazzi, während Albertario, wie schon erwähnt, Alibrandis Lehre verteidigt.

---

[1]) Diese Zeitschrift Bd. 32 p. 205—209. — [2]) Gai Institutionum commentarius secundus §§ 1—96, p. 281—283. — [3]) Fragen der Besitzlehre S.-A. p. 83—86.

Es liegt außerhalb des Plans dieser Besprechung, eine erschöpfende Exegese der vier genannten Fragmente zu geben; ich beschränke mich darauf, neben Solazzis Erklärung die von A. erhobenen Einwendungen namhaft zu machen. Zunächst D. 41, 2, 1, 20. Während S. in der vorliegenden Schrift p. 32 an der Echtheit des ersten Satzes (per procuratorum tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur) festhält, streicht er nunmehr (minore età p. 75, 76) curatorem. Nach A. p. 475, 476 ist auch das vorausgehende tutorem interpoliert und zwar aus zwei Gründen. Einmal wegen des nobis (È sconveniente che Paolo consideri se stesso — o chi ascolta o chi legge — (nobis!) pupillo o pazzo o minore). Aber wird damit nicht doch eine allzustrenge Kritik an der Ausdrucksweise der Stelle geübt? Und zweitens auf Grund der Worte ut operam suam accommodarent, die, auf den Tutor bezogen, unverständlich wären, ein Argument, das seine Kraft verliert, wenn man den zweiten Satz mit Gradenwitz (Interpolationen p. 221) als interpoliert betrachtet. Sodann D. 13, 7, 11, 6. Daß diese Stelle überarbeitet ist, steht fest; fraglich ist nur, ob die zweimalige Nennung des tutor auf die Kompilatoren zurückgeführt werden muß. S. hält das vel tutorem des ersten Satzes für klassisch (cf. seine scharfsinnige Beobachtung über die Stellung des interpolierten plerumque, p. 36), das vel tutorem des Schlußsatzes dagegen für interpoliert. Man wird Albertario zugeben müssen, daß, wenn man einmal annimmt, Ulpian habe im zweiten Teil des Textes nur vom procurator gesprochen, es das Nächstliegende ist, auch die erste Erwähnung des tutor als späteren Zusatz zu betrachten. Daß dagegen S.s Rekonstruktion per extraneam personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem vel tutorem adquiratur der römischen Terminologie zuwiderlaufe (A. p. 481), kann ich nicht anerkennen. Die Stelle führt m. E. zu keinem sicheren Ergebnis, was in der Natur des Quellenmaterials begründet ist, da die Konstitution (C. J. 7, 32, 1), auf die l. 11 § 6 Bezug nimmt, anerkanntermaßen ebenfalls überarbeitet ist, so daß es hier an einem festen Ausgangspunkte fehlt. A. wie übrigens auch S. nehmen an, daß in C. J. 7, 32, 1 für per liberam personam die Worte per procuratorem einzusetzen seien. Wie will man aber nachweisen, daß diese Konstitution neben dem procurator nicht auch den tutor nannte? Daß dies denkbar wäre, und daß unter dieser Voraussetzung die Nennung des tutor in D. 13, 7, 11, 6 keinen Anstoß böte, hat Peters l. c. p. 206 dargelegt, dessen Ausführungen allerdings keinen strikten Beweis erbringen können, da sie die Klassizität derjenigen Worte unserer Stelle, deren Echtheit gerade in Frage steht, zur Basis haben. D. 13, 7, 11, 6 und C. J. 7, 32, 1 miteinander kombiniert ergeben daher notwendig ein non liquet. — Es bleiben D. 41, 1, 13 und D. 6, 2, 7, 10. Daß der § 1 der erstgenannten Stelle, den Beseler (Beiträge Heft 2 p. 172) als in hohem Grade interpolationsverdächtig bezeichnet, möglicherweise von der Hand der Kompilatoren herrührt, gibt S. (p. 37) zu, legt jedoch dieser Interpolation lediglich formale Bedeutung bei (i compilatori giudicarono opportuno di com-

pletare l'insegnamento di Nerazio, zu dessen Zeit der Besitzerwerb durch den tutor vielleicht noch nicht anerkannt gewesen sei), eine Auffassung, die A. p. 483 als unwahrscheinlich zurückweist. In D. 6, 2, 7, 10 endlich (Last l. c. p. 78 Anm. will diese Stelle ausscheiden, m. E. zu Unrecht) ist nach Peters l. c. p. 208 der Passus vel quis — gerens, nach S. (minore età p. 77) eventuell auch das vorausgehende vel curator interpoliert, während Albertario radikaler auch die entscheidenden Worte vel tutor beseitigen will (p. 483: Tutto l'inciso vel — gerens ha aspetto emblematico).

Das unmittelbar einschlagende Quellenmaterial ist sonach äußerst dürftig. Um so mehr möchte ich auf ein Argument Gewicht legen, das S. p. 39 beibringt. Verf. verweist hier auf die actiones utiles, die dem pupillus (nach S. nur in den Fällen der absentia und infantia des Mündels) aus den vom tutor geschlossenen Kontrakten gegeben werden. Si noti che niente di simile ci è attestato per il procuratore, e vedasi se non sia lecito dubitare che in ordine al possesso il pupillo sia stato trattato peggio del principale, negando al tutore quelle facoltà che sono riconosciute al procuratore. Zwischen tutor und procurator besteht jedoch — so erwidern die Gegner (Albertario p. 474, 485) — was unser Problem anlangt, ein fundamentaler Unterschied: Durch den procurator erwirbt man Besitz animo proprio, corpore alieno; der Erwerb durch den tutor wäre dagegen ein Erwerb animo et corpore alieno, der nur im Fall des Sklavenerwerbs ex peculiari causa anerkannt sei. Aber ist der Ausgangspunkt dieser Argumentation so völlig sicher? Schon Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. II p. 338 ist für die entgegengesetzte Auffassung (auch durch den procurator werde animo et corpore alieno erworben) eingetreten, der sich nunmehr Last l. c. p. 53ff. angeschlossen hat. Ich glaube, daß zum mindesten ein leiser Zweifel an der Richtigkeit der auch von S. vertretenen herrschenden Ansicht, mit der Verf. seine These in Einklang zu bringen sucht, indem er insbesondere den Besitzerwerb durch den tutor für den infans leugnet, gestattet ist. Warum betrachtet Paulus sent. rec. V 2, 2 den Besitzerwerb durch den procurator als eine Anomalie, wenn nur ein Anwendungsfall des Besitzerwerbs animo nostro corpore alieno vorliegt, den er in § 1 als etwas durchaus Reguläres behandelt?[1]) Und warum charakterisiert dann derselbe Jurist (D. 41, 2, 3, 12) den Besitzerwerb durch den Sklaven ex peculiari causa als einen Erwerb animo et corpore alieno, während es doch bei der Begründung, die er gibt (l. 1. § 5 D. h. t. quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus), sehr nahe gelegen hätte, hier einen Erwerb animo nostro zu konstruieren? Diese Frage muß um so mehr aufgeworfen werden, wenn man den Satz, daß der procurator seinem Chef etiam ignoranti erwirbt, damit erklärt, daß der animus possidendi si intende insito nel fatto dell' aver costituito il procuratore organo permanente nella propria amministrazione (A. p. 485). Die Frage, die

[1]) Cf. auch Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio p. 98.

aufs engste mit der nach dem Erfordernis des Spezialmandates (S. p. 6—11; Albertario p. 468, 469) zusammenhängt, kann hier nicht weiter verfolgt werden. Nur das sollte betont werden, daß die herrschende Auffassung des Besitzerwerbs durch den procurator doch vielleicht nicht sicher genug fundiert ist, um ein entscheidendes Argument gegen S.s These abzugeben. Diese wäre bewiesen, wenn D. 46, 6, 2[1]) in diesem Zusammenhang verwertet werden dürfte (cf. Solazzi, Bull. 22 p. 35 n. 1). Der Schlußsatz dieser Stelle könnte wohl noch am ehesten wegen des profecto dicemus Interpolationsverdacht erwecken, der sich jedoch m. E. als unbegründet erweist, da wir der gleichen Wendung wiederum bei Ulpian in D. 47, 2, 21, 3 begegnen. Der Satz, auf den es hier ankommt: si servum non habeat, emendus ei servus est, scheint mir sprachlich unantastbar.[2]) Auch der Vergleich mit D. 27, 8, 1, 15 ergibt nicht die Unechtheit der zitierten Worte. Im 79. Buch seines Ediktkommentars kommentiert Ulpian ex professo die stipulatio rem pupilli salvam fore (cf. Lenel, Pal. Ulp. Nr. 1732ff.), so daß es leicht erklärlich ist, wenn er in unserem, diesem Buch entnommenen Fragment die Frage, wer stipulieren soll, ausführlicher behandelt, als in der dem 36. Buch angehörenden l. 1 § 15 D. 27, 8. Und außerdem, welchen Zweck sollte diese angebliche Interpolation haben? Bestand doch im justinianischen Recht nicht das mindeste Bedürfnis nach dem in D. 46, 6, 2 empfohlenen Notbehelf, wie l. 3 D. h. t. ergibt, die ich eher für kompilatorisch halten möchte. Ist aber die Stelle echt, so führt sie notwendig dazu, die Stellvertretung im Besitzerwerb durch den tutor anzuerkennen. Nur der tutor kann als Käufer in Betracht kommen. Da er aber weder durch mancipatio, noch durch in iure cessio seinem Mündel quiritisches Eigentum verschaffen kann, so bleibt als einzige Möglichkeit die, daß der pupillus (auch der infans) durch traditio an den tutor das bonitarische Eigentum am Sklaven erwirbt, womit die Stellvertretung in Traditionserwerb bewiesen wäre.

Sonach glaube ich trotz Albertarios scharfsinnigen Gegenausführungen[3]), daß die Wahrscheinlichkeit zugunsten Solazzis spricht.

Weniger überzeugend sind m. E. — eine Folge der Beschaffenheit des Quellenmaterials — die Ergebnisse, zu denen S. im zweiten, den Besitzerwerb durch die Munizipalmagistrate behandelnden Teil der vorliegenden Abhandlung (p. 47—84) gelangt. Die wenigen Quellenstellen,

---

[1]) Si pupillus absens sit vel fari non potest, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere. — [2]) Für die Echtheit auch Mitteis, Röm. Privatrecht I p. 225. Anders Solazzi l. c. — [3]) Albertarios weiterem Einwand: Se il tutore poteva rappresentare nell' acquisto del possesso l'infante, perchè sarebbe stato escogitato l'espediente complicato dell' acquisto all' infante per mezzo del servo ex causa peculiari? (p. 485, 486) darf vielleicht entgegengehalten werden, daß der Besitzerwerb des infans und furiosus durch den Sklaven ex peculiari causa nur die Konsequenz davon ist, daß die römischen Juristen diesen Besitzerwerb als einen Erwerb animo et corpore alieno auffassen (D. 41, 2, 1, 5).

die hier in Frage kommen, sind, wie bekannt, sämtlich starkem Interpolationsverdacht ausgesetzt. Auf Einzelheiten einzugehen, muß ich mir versagen, obwohl die interessanten und anregenden Ausführungen des Verf.s reichlich dazu Anlaß böten, und obwohl auch hier aus A.s Lezioni wertvolle Bemerkungen (z. B. zu Abschnitt 13, der den Sklavenerwerb ex peculiari causa bespricht) beigebracht werden könnten. Nicht unerwähnt möchte ich lassen, daß die Abschnitte 10 und 11 (p. 47—59) eine treffliche Übersicht über die Lehre von der Gemeindevertretung bieten.

Lausanne, November 1913. H. Lewald.

Dikaiomata.[1]) **Auszüge aus alexandrinischen Gesetzen und Verordnungen in einem Papyrus des philologischen Seminars der Universität Halle (Pap. Hal. 1). Mit einem Anhang weiterer Papyri derselben Sammlung herausgegeben von der Graeca Halensis. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung 1913. 252 S. 8°.**

Sieben in der Graeca Halensis vereinigte hervorragende Philologen, F. Bechtel, O. Kern, K. Praechter, C. Robert, E. v. Stern, U. Wilcken und G. Wissowa haben sich zusammengetan, um einen Teil der dem Hallenser philologischen Seminar gehörigen Papyrusurkunden herauszugeben; das Hauptstück darunter, dessen Erläuterung 177 Seiten des Bandes ausmacht, ist der P. Hal. 1, nach welchem die Ausgabe benannt ist. Ein umfangreicher Papyrus 22,5 cm Höhe und (nach der Schätzung der Hgg.) ursprünglich etwa 108 cm Breite; leider nicht vollständig, sondern nur in zwei Fragmenten überliefert, das eine 39, das andere 38 cm breit; zwischen beiden fehlt ein Streifen, der auf 10,5 cm Breite geschätzt wird. Der Hal. 1 umfaßt 11 Kolumnen, wovon die erste freilich nur an den Zeilenschlüssen zu erkennen ist. Den Titel Dikaiomata haben ihm die Editoren beigelegt, weil er eine Sammlung von Bruchstücken aus ptolemäischen Gesetzen enthält und sie annehmen, daß diese Bruchstücke zusammengestellt worden sind, um im Prozeß vor Gericht als Rechtsdirektiven (die Hgg. sagen S. 26 inkorrekt „Beweisurkunden") zitiert zu werden. Der Name Dikaiomata ist nicht glücklich gewählt; denn wenn *δικαίωμα* die Beweisurkunde ist, ist er zu weit und bringt nicht zum Ausdruck, daß das, was die Parteien hier beweisen wollen, nicht konkrete subjektive Rechte sind, sondern abstrakte Rechtssätze; kann man doch auch jeden Kaufvertrag, wenn er vor Gericht produziert wird, ein *δικαίωμα* nennen. (Man hätte besser von *νόμοι* oder *προστάγματα* gesprochen, welche Bezeichnungen wohl deswegen vermieden wurden, weil jede derselben auf eine be-

[1]) Die bereits erschienene Literatur hierzu, sowie Rezensionen verzeichnet jetzt Wilcken, Arch. 6, 269; am wichtigsten Partsch, Arch. f. Pap.-Forsch. 6, 34—76.



sondere Art von Gesetzen hindeutet, während man von den vorliegenden nicht immer weiß, zu welcher sie gehören.) Außerdem ist auch fraglich, ob man solche Belege über abstrakte Rechtssätze δικαιώματα genannt hat; zu beweisen vermochte jedenfalls die private Abschrift derselben den Rechtssatz nicht, wenn irgendwer deren Richtigkeit bestritt. Die Hgg. nehmen weiter an, die Zusammenstellung sei im Bureau eines Rechtsanwalts erfolgt; das ist, wie schon Partsch bemerkt hat, ungenau; denn man unterscheidet im hellenistischen wie im römischen Altertum die Anwälte in zwei Klassen, die ῥήτορες, Fürsprecher, welche die Sache vor Gericht vertraten, ohne jedoch gelehrte Juristen sein zu müssen, und die πραγματικοί oder νομικοί[1]), gelehrte Juristen, welche dem ῥήτωρ in der Verhandlung als sachverständige Beiräte assistieren und im Bedarfsfalle die Rechtssätze soufflieren, auf welche er sich berufen muß. Der Hal. 1 dürfte wohl für einen πραγματικός bestimmt gewesen sein, welcher sich die Rechtssätze zusammengeschrieben haben wird, die er — wahrscheinlich für mehrere Anwälte in verschiedenen Prozessen — notwendig hatte; darauf deutet es auch, daß die im Hal. vereinigten Gesetze einen sehr buntscheckigen Inhalt haben.

Soviel über den Titel des Werkes. Was den Inhalt betrifft, so ergibt sich schon aus dem Gesagten, daß Hal. 1 ein juristisches Dokument κατ' ἐξοχήν und als solches eines von hoher Bedeutung ist. Um so mehr fällt es auf, daß die philologischen Editoren „von der Heranziehung juristischer Sachverständigen Abstand genommen haben", wofür sie bloß die allzu paraphrastisch klingende Begründung geben (S. VI), daß sie für diese Editio princeps die Verantwortung allein tragen wollten. Und zwar kollektiv: die Arbeit wird als Gesamtwerk der Graeca Halensis erklärt, welche die Beiträge der einzelnen Bearbeiter eingehend überprüft und gebilligt habe. Praktisch fällt freilich diese Verantwortlichkeit wenig ins Gewicht, weil man für wissenschaftliche Arbeit doch nur denjenigen verantwortlich zu machen pflegt, der sie hergestellt hat. Da die Bearbeiter der einzelnen Teile nicht genannt werden und Vermutungen über die Autorschaft derselben zwar hie und da gehegt, aber nicht ausgesprochen werden können, ist die Publikation eigentlich eine anonyme. Nur mit der Besonderheit, daß diese Anonymie selbst wieder anonym bleibt, d. h. sich versteckt hinter der Nennung bestimmter Herausgeber und deren Verantwortlichkeit. Letztere ist aber eine rein fiktive und hat reelle Bedeutung nur insofern, als das Vorhandensein dieses Aufsichtsrats jede Verantwortlichkeit der wirklichen Bearbeiter ausschließt. Das ist ein Präzedenzfall, der gewiß aus der in der Graeca Halensis herrschenden schönen Arbeitsgemeinschaft und Kollegialität heraus erwachsen ist, dessen Nachahmung aber trotzdem nicht empfohlen werden kann. Das richtige Prinzip bleibt immer, daß man für jedes Wort, das man schreibt, persönlich einsteht und auch allein, nicht bloß als Mitglied

[1]) Vgl. Reichsrecht u. Volksrecht S. 192.

einer Gesellschaft. Man kommt dann auch besser zur Geltung. Der Starke ist am mächtigsten allein. Es wäre zudem wenig erfreulich, wenn sich das Prinzip der Sociétés anonymes auch in der Wissenschaft einbürgern sollte. Mindestens sollte eine solche in der Polemik besonders zurückhaltend sein; denn Polemik hat immer etwas Persönliches. Gerade dies ist bei der gegenwärtigen Edition ein unerquicklicher Punkt; einige der anonymen Kommentatoren haben einen entschieden polemischen Hang, der stellenweise (s. unten S. 459 A. 1) zu wahrer Nörgelei ausartet. Darüber ließe sich manches sagen, was ich aber unterlasse, zumal ich annehme, daß die Mehrheit der Hgg. zu einer Streiteinlassung nicht geneigt sein dürfte und solche Exkurse Einzelner nicht veranlaßt hat. Im übrigen möchte ich das scharfe Urteil nicht vorbehaltlos unterschreiben, welches einer der Kritiker über die Ausschließung der Fachmänner von der Bearbeitung einer juristischen Urkunde gefällt hat. So sicher es ist, daß die Mitwirkung solcher manchen Verstoß und manches Übersehen verhindert haben würde, die sich jetzt in juristischen Dingen fühlbar machen und die Freude an dem gelehrten Kommentar herabsetzen, so ist doch anderseits nicht zu verkennen, daß es in erster Linie nicht darauf ankam, die Urkunden in die großen, rechtsgeschichtlichen Zusammenhänge einzureihen, sondern vorerst ihren Text möglichst verläßlich herzustellen, sodann ihre Bedeutung für die spezifischen Fragen des Rechtskreises zu ermitteln, dem sie angehören. Philologische Arbeit ist auf diesem Gebiet wie bei allen Editionen nun einmal unentbehrlich und man muß anerkennen, daß die Herausgeber an mühseliger und sorgfältiger Kleinarbeit viel geleistet haben; einzelnes, wie der rein sprachlich geführte Nachweis über die direkte; d. h. durch keine Zwischenglieder vermittelte Entlehnung gewisser Bestimmungen aus der attischen Gesetzgebung (S. 68) konnte überhaupt nur von Philologen so hergestellt werden. Die von Rechtshistorikern allein zu findenden sachlichen Beziehungen zu den sonstigen hellenistischen Rechten sind allerdings nicht zur Untersuchung gelangt, doch würde eine nach dieser Richtung geführte Forschung, wenn sie irgendwie gründlich geführt werden sollte, auch für einen Fachmann eine sehr schwierige Aufgabe gewesen sein und jedenfalls die Publikation beträchtlich hinausgeschoben haben. Damit soll es freilich nicht ganz entschuldigt sein, daß die Hgg. in den zahlreichen rein juristischen Fragen sich ohne sachverständigen Berater[1]) auf das Glatteis gewagt haben; andernfalls wäre es doch kaum vorgekommen, daß z. B. der Bearbeiter des Abschnittes X (p. 134f.) das als Gesetzesrubrik vorkommende Wort *ἐνεχυρασία* beharrlich mit „Faustpfand“ übersetzt und den Abschnitt überschrieben hätte „vom Faustpfand“ — was freilich auch só m. E.

[1]) Ausnahmsweise sollen solche nach der Mitteilung von Wilcken a. O. 272/3 doch zugezogen worden sein; darüber wird a. O. gleichzeitig berichtet, daß die erhaltenen Auskünfte gerade von juristischen Rezensenten beanstandet worden sind. Man sieht, die Anonymie ermöglicht auch eine relative Offenherzigkeit.

hätte vermieden werden können und auch philologisch nicht gerade als ausgezeichnete Akribie bezeichnet werden wird. Man könnte darüber als über eine harmlose licentia poetica hinweggehen, wenn der sprachliche Fehler nicht auch sachliche Konsequenzen mit sich ziehen müßte: auf S. 139 erfreut uns der Kommentator des betr. Teiles mit der Feststellung: „großes Interesse" biete der Aufschluß, daß es in Alexandrien amtliche *ἀναγραφαὶ τῶν ἐνεχυρασιῶν* gegeben hat, also „Faustpfand-Register oder Bücher". Da wird ein großes Wort gelassen ausgesprochen: der Verf. eilt der Zeit voraus und statuiert für Alexandrien, was wir uns zur Beseitigung der Fährlichkeiten der Sicherungsübereignung an Mobilien heute noch kaum zu träumen wagen. Den Juristen wird ja der Passus nicht gefährlich werden; sie werden sofort erkennen, daß die Behauptung zu schön ist, um wahr zu sein, und daß es sich bei jenen *ἀναγραφαί* um ganz triviale Pfändungsprotokolle[1]) handelt; aber bei Philologen, die das lesen, ist jetzt zu befürchten, daß sie es im Vertrauen auf die Garantieleistung der Hgg. bona fide nachschreiben und die alexandrinischen Faustpfandregister in zukünftigen Studien über das griechische Recht Schule machen.

Ich gehe zum einzelnen über. In einer Einleitung werden zunächst die verschiedenen Formen erörtert, in welchen die Gesetzgebung im Ptolemäerstaat sich bewegt. Hierbei werden *νόμοι*, *διαγράμματα*, *προστάγματα* und *ἐντολαί* unterschieden. Verdienstlich ist hierbei zunächst die Hervorhebung der Kategorie der *ἐντολαί*; ein Jurist freilich hätte aus diesem Anlaß daran erinnert — worauf Partsch a. O. 44 auch sofort hingewiesen hat — daß diese merkwürdig an die römische Kategorie der mandata (principis) anklingt. Auf die *ψηφίσματα* weisen die Hgg. nur in Kürze hin, um es (S. 44/45) zu mißbilligen, daß „manche sie als königliche Verordnungen aufgefaßt haben: so" — ich zitiere wörtlich — „Naber, Arch. III 7; vgl. auch Mitteis, Grundzüge p. XIII A. 4. Das ist aber unhaltbar. Vielmehr können *ψηφίσματα*, wie Schubart, Klio X 44 mit Recht betont hat, nie etwas anderes als Beschlüsse von Körperschaften sein". Ich habe diesen Passus ad verbum angeführt; m. M. nach muß danach jeder den Eindruck gewinnen, daß auch ich

---

[1]) Einen merkwürdigen Beleg für den „Splitter im fremden Auge" bildet es, wenn dieser Entdecker der „Faustpfandregister" im selben Atem in einer Fußnote, wieder in den Vollbesitz philologischer Akribie gelangt, mir vorhält, P. Hib. 111 = Mitteis, Chrest. 38 sei nicht ein Verzeichnis über „zu vollziehende Pfändungen", wie ich ihn überschrieben hatte; denn „die Notiz *πρᾶξαι* weist doch nur auf die Eintreibung der rückständigen Summen hin". Ich bekenne, daß meine Überschrift eine Ungenauigkeit enthält, die ich hoffe, später einmal beseitigen zu können; diese steht aber auch bloß in der Überschrift, in den Anmerkungen ist korrekt von „Vollstrecken" die Rede. Und sachlich ist meine Rubrik ganz richtig, weil zweifellos jene Vollstreckung durch Pfändung erfolgte. Unrichtig und irreführend ist bloß wieder die Bemerkung des überaus genauen Mannes: „P. Hib. 111 ist nicht ein Verzeichnis über zu vollziehende Pfändungen." Ja, was ist er denn sonst? Es durfte also nur gesagt werden: Der Papyrus spricht nicht von Pfändung, sondern von *πρᾶξαι*. Aber jede *πρᾶξις* erfolgt zunächst durch jene.

unter den „manchen“ (Plural!) zitiert sein soll, welche ein ψήφισμα für eine königliche Verordnung erklären. An der bezeichneten Stelle steht aber nichts als „Zweimal .... heißen Verordnungen auch ψηφίσματα, was Schubart auf die Beschlüsse von politischen Organisationen der Griechen bezieht“. Daß diese Äußerung nur als stillschweigende Zustimmung zu der Ansicht von Sch. aufgefaßt werden könne, schien mir klar; warum mir nun die Ehre jenes Zitats zuteil wird, verstehe ich nicht. Die Worte in dem Zitat „vgl. auch“ sind ja von erfreulicher Dehnbarkeit; aber zu „vergleichen“ war meine Bemerkung nicht zu der unrichtigen, sondern zu der von den Hgg. selbst zitierten richtigen Anschauung, auf die ich selbst hingewiesen hatte, und jedenfalls wird man es niemandem verdenken, wenn er sich eine so oberflächliche Art, irreführende Zitate hinzuwerfen, für seine Person ebenso höflich als dringend verbittet. Ich kann mir dieses seltsame Vorkommnis nur so erklären, der Verf. hätte geglaubt, ich müßte mit den Worten „zweimal heißen Verordnungen auch ψηφ.“ gerade königliche Verordnungen gemeint haben. Aber das steht eben nicht da; sprechen wir nicht auch von Verordnungen des Rats?[1])

Eingehend wird (p. 37f.) vom πολιτικὸς νόμος gehandelt, welcher Terminus die Überschrift des Abschnittes von Z. 81—114 (ἐκ τοῦ πολ. νόμου) bildet. Es wird bemerkt, daß danach Alexandrien, auf welches jener Abschnitt sich sicher bezieht, seinen eigenen πολ. νόμος gehabt habe und daß dasselbe auch für Naukrates und Ptolemaïs ohne weiteres anzunehmen sein wird.

Bedenken erregt mir jedoch, wenn die Hgg. von diesem πολ. νόμος annehmen, daß er nicht nur die Alexandriner, sondern alle Bewohner von Alexandrien beherrscht. Gegen diese Annahme hat sich Partsch a. O. 41 mit Lebhaftigkeit gewendet und das Personalitätsprinzip auch für unseren Anwendungsfall verteidigt. Doch kann des näheren auf diese m. E. nicht ohne weiteres mit Ja oder Nein zu beantwortende, sowie die wichtige damit zusammenhängende Frage nicht eingetreten werden, was eigentlich die (übrigens längst bekannten) πολιτικοὶ νόμοι in Ägypten bedeuten. S. dazu Kommentar S. 39.

Die einzelnen Gesetze des Halensis 1 haben folgenden Inhalt.

1. ψευδομαρτυρίον, (Klage wegen) falscher Zeugenaussage. So ist gleich der Anfang des lesbaren Teils überschrieben, Col. II u. III. Hier sind die Ansprüche und das Verfahren wegen falscher Zeugenaussage eingehend geordnet, gleichzeitig ergeben sich aus den bezüglichen Bestimmungen wichtige Einblicke in die alexandrinische Gerichtsorganisation, was alles im Kommentar sachkundig und befriedigend erörtert wird; insbesondere die Vergleichung mit den korrespondierenden Bestimmungen des attischen Rechts ist anzuerkennen. Anfechtung

[1]) Ich erinnere mich, bei Niederschrift jener Stelle über den richtigen Ausdruck geschwankt zu haben; „Gesetze“ wollte ich nicht sagen, weil jene Korporationen keine gesetzgebende Gewalt haben. Ich wählte also einen mir farblos scheinenden Ausdruck, auf das Verständnis und eine wohlwollende Auslegung des Lesers rechnend.

hat hier die von der Graeca Hal. gegebene Auslegung von Col. III lin. 55f. erfahren: *ἐὰν δέ τις ἀποδικασθείσης αὐτῷ δίκης ἐπιλάβηται τῶν μαρτύρων*; welcher Fall ist hier gemeint? Die nach dem Zusammenhang nächstliegende Auffassung ist, daß der Kläger, der mit seiner Klage abgewiesen ist, die Zeugen wegen falschen Zeugnisses zur Verantwortung zieht. Die Hgg. entscheiden sich jedoch aus sprachlichen Gründen dafür, daß hier an den Beklagten gedacht sei, der nach Abweisung der Klage sich noch an die Zeugen halten will, etwa wegen der Prozeßkosten und sonstiger Schädigung. Dagegen ist Gradenwitz, Sitz.-Ber. der Heidelberger Akad. d. Wiss., ph.-hist. Kl. 1913, 8. Abhandlung mit der Deutung aufgetreten, daß es der abgewiesene Kläger ist, der die Zeugen zu schelten unternimmt, und dies ist auch mir, wenn ich den Zusammenhang der Bestimmungen erwäge, wahrscheinlicher, obwohl, wie mir auch Herr Kollege Lipsius freundlich bestätigt, vom sprachlichen Standpunkt die Auffassung der Hgg. möglich wäre.

2. Mit Col. IV beginnt ein Kapitel *ἐκ τοῦ πολιτικοῦ νόμου. Φυτεύσεως καὶ οἰκοδομίας καὶ βαθυορυγῆς*. Es ist sehr interessant, weil es teilweise übereinstimmt mit dem in D. 10, 1, 13 überlieferten solonischen Gesetz über das Nachbarrecht. Die Übereinstimmung ist so weitgehend, daß die Hgg. in derselben gewiß mit Recht einen „greifbaren, durch nichts abzuschwächenden Beweis direkter Herübernahme aus dem attischen Recht" erblicken. Die weiteren in diesem Zusammenhang folgenden Bestimmungen enthalten starke Anklänge an das Recht der Markgenossenschaft, vgl. Partsch a. O. 52, was leider den Hgg. entgangen ist.

3. Es folgt von lin. 124—165 eine „Prozeßordnung für privilegierte Klassen" und 166—185 eine königliche Verordnung betr. Einquartierung.

4. In lin. 186—213 wird über „Klagen wegen Beleidigung" gehandelt. In dieser überaus wertvollen Partie des Papyrus tritt das Fehlen eines fachmännisch geschulten Kommentators besonders empfindlich hervor; die äußerst wichtigen Aufschlüsse, welche wir hier für die Gesamtgeschichte des antiken Injurienrechts erhalten, sind den Hgg. so wenig bewußt geworden, daß sie nicht einmal den Versuch machen, auf das römische Injurienrecht vergleichend hinzuweisen. Und doch sind manche Übereinstimmungen mit diesem frappant: So lin. 210 *ἐάν τις καθυβρίσῃ ἕτερος ἑτέρου τ[ῶ]ν ἀγράφων* (d. h. beleidigt, ohne daß einer der im Gesetz fixierten Tatbestände vorliegt) *ὁ τα. [. . . . . .]μενος τιμησάμενος δικασάσθω, προσγρα[ψά]σθω δὲ ὀνομαστί, τ[ί ἂν φῆι] ὑβρισθῆναι καὶ τὸν χρόνον ἐν ὧν ὑβρίσθηι. ὁ δὲ ὀφλῶν διπλοῦν ἀπ[οτεισάτω], ὃ ἂν τὸ δικαστήριον τιμήσηι.* Wir erfahren zunächst, daß die Vorschrift des Edikts zur römischen actio injuriarum ‚qui injuriarum agit, certum dicat quid injuriae factum sit' (Coll. 2, 6, 1) auf griechische Vorbilder zurückgeht; und weiter, wie sehr Hitzig recht hatte, das gesamte römische Injurienrecht an solche anzuknüpfen. Außerdem aber finden wir hier nicht weniger als die generelle a° injuriarum aestimatoria des prätorischen Edikts vorgezeichnet. Daneben finden sich freilich noch eine Reihe von speziellen Tatbeständen

geregelt: Bedrohung mit Eisen, Beleidigung in der Trunkenheit; tätlicher Angriff eines Sklaven auf einen Freien u. a. — hier überall feste Strafsätze. Der Sklave, der den Freien geschlagen hat, soll 100 Peitschenhiebe erhalten[1]), ähnlich wie ihm im römischen Recht die verberatio droht; doch kann ihn sein Herr loskaufen mit dem Duplum der für das gleiche Vergehen eines Freien festgesetzten Buße. Über das alles vgl. die vorzüglichen Bemerkungen von J. Partsch, Arch. f. Pap.-Forsch. 6, 54f.

An die Aufschlüsse des Hal. 1 über das Injurienrecht knüpft sich noch eine Aufgabe, welche die Verf. nicht in Angriff genommen haben, allerdings auch für ihre Zwecke nicht unbedingt zu lösen brauchten. Es wird an den nicht eben seltenen *ἐντεύξεις* und *ὑπομνήματα* um Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung nachzuprüfen sein, ob und inwiefern sich hier Übereinstimmungen mit den durch jene Urkunde uns bekannt gewordenen Prinzipien des ptolemäischen Injurienrechts nachweisen lassen. Sollte dies gelingen und damit die Geltung jener oder doch verwandter Bestimmungen auch für die *χώρα* sich als annehmbar herausstellen, so würden wir für diese jetzt noch so wirre Masse eine festere Grundlage des Urteils gewinnen. Dies bedarf noch weiterer Arbeit.

5. linn. 214f. bringen zunächst die Bestimmungen über die Eidesablegung (den *ὅρκος νόμιμος*). Daran schließt sich ein Gesetz *περὶ τῶν πολιτῶν ὅπως μὴ δουλεύωσιν*, was einer der anonymen Kommentatoren mit einem bedenklichen Anklang an Wippchen übersetzt mit „die Bürger sollen nicht Sklaven sein“, während logisch und auch philologisch korrekt — denn gleich darauf ist *δουλευέτω* mit dem Dativ konstruiert — nur übersetzt werden durfte: die Bürger sollen nicht Knechtesdienste leisten. Der fundamentale Unterschied zwischen Sklave sein, und — wegen Schulden — in Schuldknechtschaft stehn, ist den Hgg. anscheinend nicht geläufig gewesen. Es folgt denn auch bald ein Satz wie dieser: „Es entsteht aber die Frage, wie sich die Lage der Alexandriner oder Alexandrinerinnen gestaltet, die ihr Bürgerrecht und ihre Freiheit verwirkt haben, wenn sie — es handelt sich natürlich in erster Linie um Schuldsklaverei — einem in Alexandrien wohnenden Gläubiger zugesprochen sind, der nicht das alexandrinische Bürgerrecht besitzt.“ Woher wissen denn die Hgg., daß der Schuldsklave Bürgerrecht und Freiheit „verwirkt“ hat? Das war doch erst zu fragen. Was aber die Frage selbst angeht, so begründet gerade die vorliegende Norm (sie lautet: *ὁ Ἀλεξανδρεὺς τῶι Ἀλεξανδρεῖ μὴ δουλευέτω μηδὲ ἡ Ἀλεξάνδρις τῶι Ἀλεξανδρεῖ μηδὲ τῆι Ἀλεξανδρίδι*) bei mir Bedenken, die Frage (S. 460), ob der *πολιτικὸς νόμος* von Alexandrien mit territorialer oder personaler Geltung ausgestattet zu denken ist, allgemein zu beantworten. Die rein personale Geltung der gegenwärtigen Vorschrift ist ja klar; aber gibt sie ein arg. e contr.? Nun wird im Kommentar die Frage ventiliert: Wie wenn ein Alexandriner einem Fremden zuge-

[1]) Darauf paßt vielleicht P. Lips. 40, III 21: *ἐλευθέρους μὴ τύπτητε.*

sprochen war? Von dem Fall, daß ein Bürger von Alexandrien einem Fremden als Schuldsklave zugesprochen war, konnte jedoch nach antiker Auffassung das Stadtrecht nicht sprechen, weil es mindestens in solchen rein privatrechtlichen Fragen den Fremden nichts anging und sich um ihn nicht zu kümmern hat. Solche Fragen richten sich nach den internationalen Rechtshilfeverträgen; der Syrer, dem in Syrien ein dort befindlicher Ἀλεξανδρεύς als Knecht zugefallen war, wird sich wohl haben hüten müssen, mit diesem nach Alexandrien zu reisen, und ob ein Rechtshilfevertrag so weit gegangen ist, dem Ausländer im Inlande Personalexekution gegen die Inländer zu gestatten, wird man bezweifeln dürfen. Daß daher ein Zuspruch des Alexandriners „an einen in Alexandrien wohnenden Gläubiger, der nicht das alexandrinische Bürgerrecht besitzt", überhaupt vorkommen konnte, möchte ich nicht glauben. Dagegen wird man nach der Fassung unserer Stelle es nicht für ausgeschlossen halten müssen, daß an und für sich der Alexandriner seinem Mitbürger kraft Personalexekution zugesprochen werden konnte. Natürlich müssen über diesen Punkt noch weitere Bestimmungen gegolten haben, die im Papyrus nicht abgeschrieben sind; möglich, daß der Alexandriner seinen zahlungsunfähigen Mitbürger ins Ausland zu verkaufen hatte u. ä. Was im Kommentar über diese Fragen gesagt wird, ist wegen Mangels aller für die Behandlung solcher Fragen erforderlichen Begriffe durchaus unbrauchbar.

6. Darauf folgt im Papyrus l. 234f., ein Regulativ über die Pfändung mit manchem interessanten Detail, insbesondere dem, daß — wenn die Ergänzung der Hgg. richtig ist — das genommene (bewegliche, von Immobilien ist nicht die Rede) Pfand versteigert wurde. Das ist für die ptolemäische Zeit neu. Für die römische Zeit hat die Frage allerdings nie zweifelhaft sein können, weil hier die römischen Quellen sie beantworten, was ich schon Grundzüge S. 134 A. 1 gesagt hatte.

Den Beschluß machen Bestimmungen über Grundstücks- und Häuserkauf, teilweise an das bekannte Theophrastfragment erinnernd, obwohl nicht ganz damit übereinstimmend, außerdem auch deshalb lehrreich, weil sie den Bestand alexandrinischer Vertragsregister, auf die schon das λογιστήριον τῆς στοᾶς in BGU. 1127, 8 (natürlich nur indirekt) hindeutete, erhärten; wobei im Kommentar freilich (S. 145 unten) wieder einmal „Registrierung" und „öffentliche Beurkundung" durcheinandergeworfen werden, trotz meiner Grundzüge S. 50f. Leider kann ich hier wie sonst auf die Erläuterung des einzelnen, für die noch viel zu tun übrigbleibt, nicht eingehen; nur dem muß ich widersprechen, wenn S. 150 A. 4 die Hgg. die Ansicht vertreten, bei der ἀναγραφή der Kontrakte in der χώρα sei zum Register nur ein A u s z u g des Kontraktes gekommen, nicht, wie ich (Grundzüge 81) lehrte, 1. eine vollständige Abschrift[1]), 2. ein Auszug. Ich würde auf diesen Punkt hier nicht zurückkommen, wenn er nicht fundamental wäre. Die Hgg.

[1]) Zustimmend Joers, oben S. 139 A. 1.

geregelt: Bedrohung mit Eisen, Beleidigung in der Trunkenheit; tätlicher Angriff eines Sklaven auf einen Freien u. a. — hier überall feste Strafsätze. Der Sklave, der den Freien geschlagen hat, soll 100 Peitschenhiebe erhalten[1]), ähnlich wie ihm im römischen Recht die verberatio droht; doch kann ihn sein Herr loskaufen mit dem Duplum der für das gleiche Vergehen eines Freien festgesetzten Buße. Über das alles vgl. die vorzüglichen Bemerkungen von J. Partsch, Arch. f. Pap.-Forsch. 6, 54f.

An die Aufschlüsse des Hal. 1 über das Injurienrecht knüpft sich noch eine Aufgabe, welche die Verf. nicht in Angriff genommen haben, allerdings auch für ihre Zwecke nicht unbedingt zu lösen brauchten. Es wird an den nicht eben seltenen *ἐντεύξεις* und *ὑπομνήματα* um Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung nachzuprüfen sein, ob und inwiefern sich hier Übereinstimmungen mit den durch jene Urkunde uns bekannt gewordenen Prinzipien des ptolemäischen Injurienrechts nachweisen lassen. Sollte dies gelingen und damit die Geltung jener oder doch verwandter Bestimmungen auch für die *χώρα* sich als annehmbar herausstellen, so würden wir für diese jetzt noch so wirre Masse eine festere Grundlage des Urteils gewinnen. Dies bedarf noch weiterer Arbeit.

5. linn. 214f. bringen zunächst die Bestimmungen über die Eidesablegung (den *ὅρκος νόμιμος*). Daran schließt sich ein Gesetz *περὶ τῶν πολιτῶν ὅπως μὴ δουλεύωσιν*, was einer der anonymen Kommentatoren mit einem bedenklichen Anklang an Wippchen übersetzt mit „die Bürger sollen nicht Sklaven sein", während logisch und auch philologisch korrekt — denn gleich darauf ist *δουλευέτω* mit dem Dativ konstruiert — nur übersetzt werden durfte: die Bürger sollen nicht Knechtesdienste leisten. Der fundamentale Unterschied zwischen Sklave sein, und — wegen Schulden — in Schuldknechtschaft stehn, ist den Hgg. anscheinend nicht geläufig gewesen. Es folgt denn auch bald ein Satz wie dieser: „Es entsteht aber die Frage, wie sich die Lage der Alexandriner oder Alexandrinerinnen gestaltet, die ihr Bürgerrecht und ihre Freiheit verwirkt haben, wenn sie — es handelt sich natürlich in erster Linie um Schuldsklaverei — einem in Alexandrien wohnenden Gläubiger zugesprochen sind, der nicht das alexandrinische Bürgerrecht besitzt." Woher wissen denn die Hgg., daß der Schuldsklave Bürgerrecht und Freiheit „verwirkt" hat? Das war doch erst zu fragen. Was aber die Frage selbst angeht, so begründet gerade die vorliegende Norm (sie lautet: *ὁ Ἀλεξανδρεὺς τῶι Ἀλεξανδρεῖ μὴ δουλευέτω μηδὲ ἡ Ἀλεξάνδρις τῶι Ἀλεξανδρεῖ μηδὲ τῆι Ἀλεξανδρίδι*) bei mir Bedenken, die Frage (S. 460), ob der *πολιτικὸς νόμος* von Alexandrien mit territorialer oder personaler Geltung ausgestattet zu denken ist, allgemein zu beantworten. Die rein personale Geltung der gegenwärtigen Vorschrift ist ja klar; aber gibt sie ein arg. e contr.? Nun wird im Kommentar die Frage ventiliert: Wie wenn ein Alexandriner einem Fremden zuge-

[1]) Darauf paßt vielleicht P. Lips. 40, III 21: *ἐλευθέρους μὴ τύπτητε.*

sprochen war? Von dem Fall, daß ein Bürger von Alexandrien einem Fremden als Schuldsklave zugesprochen war, konnte jedoch nach antiker Auffassung das Stadtrecht nicht sprechen, weil es mindestens in solchen rein privatrechtlichen Fragen den Fremden nichts anging und sich um ihn nicht zu kümmern hat. Solche Fragen richten sich nach den internationalen Rechtshilfeverträgen; der Syrer, dem in Syrien ein dort befindlicher *Ἀλεξανδρεύς* als Knecht zugefallen war, wird sich wohl haben hüten müssen, mit diesem nach Alexandrien zu reisen, und ob ein Rechtshilfevertrag so weit gegangen ist, dem Ausländer im Inlande Personalexekution gegen die Inländer zu gestatten, wird man bezweifeln dürfen. Daß daher ein Zuspruch des Alexandriners „an einen in Alexandrien wohnenden Gläubiger, der nicht das alexandrinische Bürgerrecht besitzt", überhaupt vorkommen konnte, möchte ich nicht glauben. Dagegen wird man nach der Fassung unserer Stelle es nicht für ausgeschlossen halten müssen, daß an und für sich der Alexandriner seinem Mitbürger kraft Personalexekution zugesprochen werden konnte. Natürlich müssen über diesen Punkt noch weitere Bestimmungen gegolten haben, die im Papyrus nicht abgeschrieben sind; möglich, daß der Alexandriner seinen zahlungsunfähigen Mitbürger ins Ausland zu verkaufen hatte u. ä. Was im Kommentar über diese Fragen gesagt wird, ist wegen Mangels aller für die Behandlung solcher Fragen erforderlichen Begriffe durchaus unbrauchbar.

6. Darauf folgt im Papyrus l. 234f., ein Regulativ über die Pfändung mit manchem interessanten Detail, insbesondere dem, daß — wenn die Ergänzung der Hgg. richtig ist — das genommene (bewegliche, von Immobilien ist nicht die Rede) Pfand versteigert wurde. Das ist für die ptolemäische Zeit neu. Für die römische Zeit hat die Frage allerdings nie zweifelhaft sein können, weil hier die römischen Quellen sie beantworten, was ich schon Grundzüge S. 134 A. 1 gesagt hatte.

Den Beschluß machen Bestimmungen über Grundstücks- und Häuserkauf, teilweise an das bekannte Theophrastfragment erinnernd, obwohl nicht ganz damit übereinstimmend, außerdem auch deshalb lehrreich, weil sie den Bestand alexandrinischer Vertragsregister, auf die schon das *λογιστήριον τῆς στοᾶς* in BGU. 1127, 8 (natürlich nur indirekt) hindeutete, erhärten; wobei im Kommentar freilich (S. 145 unten) wieder einmal „Registrierung" und „öffentliche Beurkundung" durcheinandergeworfen werden, trotz meiner Grundzüge S. 50f. Leider kann ich hier wie sonst auf die Erläuterung des einzelnen, für die noch viel zu tun übrigbleibt, nicht eingehen; nur dem muß ich widersprechen, wenn S. 150 A. 4 die Hgg. die Ansicht vertreten, bei der *ἀναγραφή* der Kontrakte in der *χώρα* sei zum Register nur ein A u s z u g des Kontraktes gekommen, nicht, wie ich (Grundzüge 81) lehrte, 1. eine vollständige Abschrift[1]), 2. ein Auszug. Ich würde auf diesen Punkt hier nicht zurückkommen, wenn er nicht fundamental wäre. Die Hgg.

[1]) Zustimmend Joers, oben S. 139 A. 1.

sprechen allerdings nur von der ἀναγραφή der Ptolemäerzeit und erklären, auf die Fragen der ἀναγραφαί der Kaiserzeit nicht eingehen zu wollen, bemerken im übrigen: „Das Problem der ἀναγραφαί der χώρα muß im Lichte des Halensis 1 von neuem untersucht werden." Hierzu nur folgendes: für die Kaiserzeit bestehen bezüglich der ἀναγραφή keine Fragen mehr, dieser Punkt ist nach ganz ausdrücklich redenden Urkunden außer jedem Zweifel, und nach meinen Grundzügen S. 81 f. (vgl. auch ebenda S. 61 A. 1), wo ich den Gegenstand zum erstenmal in Ordnung gebracht habe, im wesentlichen erledigt; nach dem, was jetzt vorliegt, scheint mir aber die ἀναγραφή der Ptolemäerzeit mit den Prinzipien der Kaiserzeit in der Hauptsache übereinzustimmen — abgesehen von der dort nicht nachweisbaren Deposition in einem Zentralarchiv. Was die Hgg. dagegen vorbringen, läuft auf eine von der meinigen abweichende Deutung des Paniskosbriefes (Par. 65) hinaus; hierbei bestreiten die Hgg. nicht, daß die grammatische Auslegung der Urkunde gegen sie spricht; aber diese ist eben „ungeschickt stilisiert". Gegenüber so souveränen Argumenten ist allerdings eine Polemik schwierig; zumal die Hgg. sagen, das in Par. 65 erwähnte εἰκονίζειν der Kontrakte sei kein Kopieren, sondern die Herstellung eines Auszugs, trotz Oxy. 33, 12, wo es heißt: οἱ καλούμενοι εἰκονισταί... ἀντίγραφον γενόμενον ἐν ἑνὶ χάρτῃ καταχωριζέτωσαν κτλ.[1]) Zum Beweis berufen sie sich kritiklos auf Preisigke, Girowesen 425, eine gewiß auch von mir hochgeschätzte Autorität, die aber an besagter Stelle für ihre Behauptungen nicht den geringsten Beweis beibringt. Dann kommt noch das Argument: nach dem Paniskosbrief wurde den Parteien auf den Originalien nur die Registrierung im allgemeinen bestätigt, nicht auch die Herstellung der Abschrift, „wie doch zu erwarten wäre". Mit Gelehrten, welche solche Erwartungen hegen, werden wir Juristen in Fragen des Urkundenwesens schwerlich zu einem gegenseitigen Verständnis gelangen und besser auf eine Diskussion verzichten. Zur Sache möchte ich die Hgg. nur noch fragen: Wer hat denn eigentlich die bekannten ἀντίγραφα μεθηρμηνευμένα κατὰ δυνατόν in Lond. 1 p. 46 und Wessely, Specim tab 6 Nr. 6 hergestellt? Etwa die Parteien selbst? Da haben wohl die Choachyten des Memnoneion griechisch gelernt, um ihre ägyptischen Verträge schön übersetzen zu können?

Die ἀναγραφή der alexandrinischen Kaufverträge, von welchen die Stelle des Hal. weiter spricht, wird von den Hgg. durch konjekturale Ergänzung den ταμίαι zugeschrieben, was durchaus unsicher bleibt; wer als Subjekt zu ἀναγραφόντωσαν[2]) Col. II lin. 245 zu denken ist, lasse ich dahingestellt. Das ἀναγράφειν verstehen dabei die Hgg. als Eintragung eines bereits fertigen Kontrakts in ein Register, während es ebensogut auf die Protokollierung desselben bezogen werden kann, womit der Schluß, „daß es damals in Alexandrien noch keine notariellen

[1]) Die Herstellung von Auszügen heißt a. O. ἐκλογίζεσθαι. — [2]) l. ἀναγραφότωσαν.

Kaufverträge gegeben hat, hinfällig wird. Die „Parallelen“ zur ἀναγραφή in der χώρα, welche die obige Polemik gegen mich erst veranlaßt haben, beruhen nur auf dieser vorgefaßten Meinung.[1]) Jene Beziehung war auch an sich schon recht unwahrscheinlich.

Den Beschluß des Bandes bildet ein Schlußwort, in welchem über die Ergebnisse des Hal. 1 eine zutreffende, auch vom juristischen Standpunkt durchaus anerkennenswerte Übersicht gegeben wird, sowie ein Anhang mit einigen kleineren literarischen Fragmenten und ptolemäischen Urkunden, darunter eine, Nr. 9, welche zu dem wichtigen P. Flind. Patrie 3, 21 g und der damit zusammenhängenden Lehre vom ptolemäischen Zehnmännergericht neue Aufschlüsse bringt, durch welche dieses bisher so dunkle Institut in ein neues Licht gerückt wird.

Auf die Gefahr hin, selbst als nörgelig zu erscheinen, noch zwei sprachliche Bemerkungen: man spricht nicht (S. 59) von einer Anklage, wo es sich um einen reinen Zivilprozeß handelt, sondern von Klage. Ebensowenig schön ist es zu sagen (S. 117), eine Klage lautet auf Freiheitsberaubung oder auf ὕβρις.

Leipzig, November 1913. Mitteis.

Collinet Paul, Études historiques sur le droit de Justinien. Tome premier. Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident. Paris, librairie de la société du recueil Sirey 1912.

Der auch als Papyrologe wohlbewährte Verfasser hat sich eine Aufgabe gestellt, auf welche ich schon i. J. 1910 in dieser Ztsch. 31, 393 hingewiesen hatte; wie er mitteilt (préface générale p. II), hatte er den Plan dazu schon lange vorher gefaßt. Dieser geht dahin, das Justinianische Recht nicht, wie es jetzt immer geschieht, als bloßen Ausläufer des klassischen, sondern als ein auf großenteils eigenen Grundlagen ruhendes Ganze zu betrachten. Ich brauche wohl nicht zu sagen, daß ich diese Übereinstimmung der Idee begrüße, noch mehr aber die Tatsache, daß hier auch schon ein erhebliches Stück der Ausführung gegeben wird. In dem vorliegenden ersten Band wird vor allem der orientalische Charakter des Just. Rechtes zur Darstellung gebracht; es braucht kaum gesagt zu werden, daß dies vorwiegend an der Hand der durch die Papyrusurkunden gebotenen Aufschlüsse über das fortlebende orientalische Volksrecht im römischen Reich geschieht. Eine Anzahl von Fragen, auf welche z. T. schon im Vorübergehen hin-

[1]) Daß ἀναγράφειν stets das Registrieren bereits fertiger, privatim hergestellter Urkunden bedeute, ist eine bei den älteren Papyrologen von der Stelle im Hermiasprozeß (Col. IV 13—15) her noch viel verbreitete Vorstellung, die schon Koschaker in dieser Ztsch. 28, 288f. richtiggestellt hat; vgl. auch meine Grundzüge S. 82 A. 2.

gewiesen worden ist, werden ex professo zur Sprache gebracht, wobei der Verf. überall bemüht ist, eine festere Relation zwischen dem Recht der Papyri und der Rechtsquellen herzustellen. Besonders hübsch sind die Kapitel über die Arrha und über die Ausdehnung des Teilungsbenefiziums auf die ἀλληλέγγυοι; man beachte auch das über natura actionis und natura contractus Gesagte. Ich bedauere lebhaft, daß Zeit und Raum mir auf diese schönen Dinge nur flüchtig hinzuweisen erlauben; aber einen solchen Hinweis halte ich schon jetzt für unerläßlich und sehe der Fortsetzung der Arbeit, welche ein noch sehr zu durchpflügendes Feld zum Gegenstand hat, mit Spannung entgegen.

Leipzig, Dezember 1913. Mitteis.

Verzeichnis weiterer zur Besprechung eingegangener Schriften:

Leonard Vos, Injuria en de actio injuriarum (Amsterdamer Inauguraldissertation) Amsterdam, A. H. Kruyt (S. a.). Holländisch. 8° und 157 S.

Fumagalli, Il diritto di fraterna nella giurisprudenza da Accursio alla Codificazione. Turin, fratelli Bocca, 1912. 8° und 175 S.

E. Revillout, Contrats égyptiens archaiques démotiques araméens. 3e fascicule (Amasis et son fils) Paris 1911.

E. Seckel et B. Kuebler, Jurisprudentiae antejustinianae reliquias in usum maxime academicum compositas a Ph. Eduardo Huschke editione sexta et emendata edd. Vol. 2 fasc. 1 (Pauli sent., Ulp. fragm., fragm. de jure fisci und de gradibus cognationum. B. G. Teubner 1911.

Berichtigung zu Bd. XXXIII 1912.

Im Text der Seite 374 Z. 4 v. u. muß es statt 'nach' heißen 'noch'.

